

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO – TURMA ESPECIAL MINTER
UFSC/UNOCHAPECÓ**

Marli Canello Modesti

**AS MULHERES APRISIONADAS E OS REFLEXOS
FAMILIARES DECORRENTES DO CÁRCERE: AS DROGAS E
AS DORES DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE**

Dissertação de Mestrado
apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina – UFSC - Turma Especial
MINTER UFSC/UNOCHAPECÓ,
como requisito para obtenção do
título de Mestre em Direito.
Orientador: Professor Doutor
Alexandre Morais da Rosa

FLORIANÓPOLIS
2011

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária da
Universidade Federal de Santa Catarina

M691m Modesti, Marli Canello

As mulheres aprisionadas e os reflexos familiares decorrentes do cárcere [dissertação]: as drogas e as dores da privação da liberdade / Marli Canello Modesti; orientador, Alexandre Morais da Rosa. - Florianópolis, SC, 2011.

251 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Dignidade – Mulheres. 3. Prisão (Direito penal) – Mulheres. 4. Mãe e filhos. 5. Drogas – Mulheres. I. Rosa, Alexandre Morais da. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34

Marli Canello Modesti

**AS MULHERES APRISIONADAS E OS REFLEXOS
FAMILIARES DECORRENTES DO CÁRCERE: AS DROGAS E
AS DORES DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do Título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Direito, Estado e Sociedade.

Florianópolis, 06 de outubro de 2011.

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Banca examinadora:

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa
Presidente
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Membro
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto
Membro
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Dedico este trabalho a todas as mulheres que cumprem pena de prisão, especialmente àquelas da Penitenciária Madre Pelletier de Porto Alegre que, há 26 anos, elaboraram, manualmente, o convite do meu casamento, quando o curso de Direito ainda era um sonho, mas o inconformismo com o sistema prisional já me instigava.

AGRADECIMENTOS

À minha amada e inesquecível “nona” Ernesta Carolina, que até bem poucos dias acompanhou mais esta etapa da minha vida e, com seus gloriosos 100 anos, com amor infinito, compreendia e incentivava cada trajetória da minha vida e, nos últimos meses, perguntava quando este “livro” ficaria pronto. Não conseguiu vê-lo fisicamente. Está, agora, do lado de lá. Do lado de cá, a vida segue com saudades e com todo amor, respeito e coragem que ela me ensinou.

Meu agradecimento, de forma muito especial, à minha grande e amorosa família pelo apoio, compreensão e carinho fraterno, que sempre alicerçaram nossa convivência, nos muitos e muitos momentos de alegria e também nos momentos tormentosos.

Às minhas meninas Ana Carolina e Fernanda pelo imensurável amor que nos une.

Ao meu esposo Luiz Fernando pelo amor, companherismo e compreensão.

Agradeço aos colegas do Instituto Geral de Perícias de Chapecó pela compreensão, amizade e incentivo em mais esta etapa profissional e pessoal e aos colegas da Universidade Comunitária da Região de Chapecó pelo carinho e receptividade, desde que lá cheguei.

Aos professores da Universidade Federal de Santa Catarina pelos diversificados e valiosos encontros em sala de aula e aos colegas do Mestrado pela oportunidade de compartilhar de muitos momentos de reflexão e de muitos outros de descontração.

À Thaís Zanetti de Mello, que possibilitou, de pronto, o acesso à pesquisa realizada na Penitenciária Madre Pelletier de Porto Alegre, fornecendo dados preciosos para fundamentar muitas das conclusões deste trabalho.

Ao meu orientador, Professor Dr. Alexandre Morais da Rosa, pela oportunidade de compartilhar do brilhantismo do seu pensar, da simplicidade de seu modo de ser e da ternura e compreensão em orientar-me, muito obrigada!

A rua grita. A rua grita e não é escutada pelos juízes, advogados, teóricos do Direito, professores, médicos, políticos, etc., instituições onde o clamor da rua não chega bloqueado pela razão técnico-instrumental [...] Os pensamentos precisam oxigenar-se, não se arrojar em abstrações ou em visões unívocas. O racionalismo oculta o sol e priva a sensibilidade de seu oxigênio. Teremos que reaprender a escutar a rua enquanto produtora do novo. A inovação como diferença que nos permite escapar das zonas cristalizadas de nossa cultura, dos lugares comuns que aprisionam em seu vazio. O racionalismo que barbariza.

(Luis Alberto Warat)

RESUMO

AS MULHERES APRISIONADAS E OS REFLEXOS FAMILIARES DECORRENTES DO CÁRCERE: AS DROGAS E AS DORES DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE. Marli Canello Modesti.

Alexandre Morais da Rosa (ORIENTADOR). (Universidade Federal de Santa Catarina –Turma Especial MINTER – UFSC/UNOCHAPECÓ).

O garantismo jurídico, voltado à defesa dos direitos de liberdade e que se desenvolveu como teoria e como prática jurídica em oposição à violação de princípios constitucionais e contra o arbítrio punitivo, serve como base para demonstrar as questões do cárcere, da mulher, das drogas e suas nefastas consequências. Tem-se como objetivo geral estudar o fenômeno do encarceramento feminino e as consequências desse aprisionamento na vida dos filhos. Busca-se apresentar o contexto histórico voltado à dignidade humana e seu caráter multidimensional; entender os direitos fundamentais e os mecanismos para sua proteção e efetivação; estudar a dogmática penal, a criminologia e a política criminal e compreender quais são as condutas delitivas que têm aprisionado tantas mulheres nas últimas décadas. A pesquisa vincula-se à área de concentração denominada Direito, Estado e Sociedade e à linha de pesquisa Constituição, Cidadania e Direitos Humanos, do programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Turma Especial MINTER UFSC/UNOCHAPECÓ. A pesquisa é bibliográfica, com consultas a obras, bancos de dados e estudos acadêmicos. Como resultado da pesquisa aponta-se que onde não houver respeito pela integridade física e moral do ser humano, não existirá espaço para a dignidade humana. Contrariamente ao que é divulgado pela enganosa publicidade, o sistema penal não se destina a fornecer proteção, mas atua como manifestação de poder. A privação da liberdade é o pior dos sofrimentos que se pode impor ao ser humano e o rompimento compulsório com os filhos é um dos mais difíceis de suportar. O compromisso articulado entre família, sociedade e Estado se faz necessário. A convivência familiar deve merecer a prioridade nas políticas públicas e programas governamentais. No momento da prisão da mãe, o Estado deve agir preventivamente para minimizar as dores dessa separação e evitar danos maiores àqueles já suportados.

(PALAVRAS-CHAVE) Garantismo jurídico, direitos fundamentais, dignidade humana, política criminal, cárcere, drogas, mulher, filhos.

ABSTRACT

THE WOMEN IMPRISONED AND REFLECTIONS IN THE FAMILY ARISING FROM PRISON: THE DRUGS AND THE PAINS OF DEPRIVATION OF LIBERTY. Marli Canello Modesti.

Alexandre Morais da Rosa (ORIENTED). (Universidade Federal de Santa Catarina –Classes Special MINTER – UFSC/UNOCHAPECÓ).

The legal guarantee, aimed at defending the rights of freedom and which has developed as theory and as legal practice as opposed to violation of constitutional principles and against the punitive arbitrary, serves as a basis to demonstrate the issues of prison, of women, drugs and their harmful consequences. The general aim in this research is to study the phenomenon of incarceration female and the consequences of this imprisonment in the lives of children. It seeks to present the historical context facing human dignity and his multidimensional character; understand the fundamental rights and the mechanisms for their protection and enforcement; study the dogmatic criminal, the criminology and the criminal policy and to understand which are the criminal conducts that has trapped many women in recent decades. The research is linked to the area of concentration called Right, State and Society and the line up research Constitution, Citizenship and Human Rights, the Right Master's program in the Federal University of Santa Catarina and Community College in the Region of Chapecó, SpecialClass MINTER UFSC/UNOCHAPECÓ. The research is bibliographic, consultations with the works, databases and academic studies. As a result of research shows that where there isn't respect for physical integrity, morality of the human being's life, there is no room for human dignity. Contrarily to what is disclosed by misleading advertising, the criminal justice system is not intended to actually give protection, but acts as manifestation of power. The deprivation of liberty is the worst of the suffering that can be imposed to humans and compulsory break with children is one of the most difficult to bear. The commitment articulated between family, society and State is needed. To family and community life should be given priority in public policies and government programs. So at the arrest of the mother the State must act preemptively, to minimize the pain of separation and prevent further damage the already supported.

(KEYWORDS): legal guarantees, fundamental rights, human dignity, criminal policy, prisons, drugs, women, children.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO I	
1 O GARINTISMO JURÍDICO, A DIGNIDADE HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	21
1.1 O MODELO GARANTISTA, A DEMOCRACIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	23
1.1.1 O que é o Garantismo	35
1.1.2 Garantismo, tutela dos direitos fundamentais e a democracia substancial ou social.....	39
1.1.3 O Estado Democrático de Direito, a instrumentalidade garantista e o direito penal	43
1.2 DIREITOS HUMANOS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	51
1.2.1 Dignidade da pessoa humana: significado, antecedentes e transformações	56
1.2.2 Dignidade da pessoa humana em Kant	61
1.2.3 Dignidade da pessoa humana na perspectiva jurídico-constitucional.....	65
1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS	70
1.3.1 O reconhecimento dos direitos fundamentais e suas diversas dimensões	80
1.3.2 A eficácia dos direitos fundamentais e a Constituição Brasileira de 1988.....	88
CAPÍTULO II	
2 DOGMÁTICA PENAL, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL: DO MINIMALISMO AO EXPANSIONISMO DO SISTEMA PENAL E O APRISIONAMENTO DE MULHERES ..	95
2.1 DOGMÁTICA PENAL, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL.....	98
2.1.1 Enfoque criminológico-crítico: do paradigma etiológico ao paradigma da reação social e à criminologia crítica	105
2.1.2 A seletividade do sistema penal.....	113
2.1.3 O Direito penal mínimo: propostas de redução e humanização do sistema penal	117
2.2 GARANTISMO E DIREITO PENAL MÍNIMO: MINIMIZANDO A VIOLÊNCIA E A INTERVENÇÃO PUNITIVA.....	120
2.3 EXPANSIONISMO DO SISTEMA PENAL E DIREITO PENAL MÁXIMO: A INDÚSTRIA DO MEDO	126
2.4 APRISIONAMENTO DE MULHERES: QUEM É A MULHER APRISIONADA	139

2.4.1 Compreendendo o perfil social da mulher presa: o número de filhos, o estado civil, a idade, o grau de escolaridade e o suporte econômico no contexto familiar 143

2.4.2 As condutas delitivas: a questão do tráfico de drogas 151

CAPÍTULO III

3 AS MULHERES APRISIONADAS E OS REFLEXOS SOCIAIS E FAMILIARES DECORRENTES DO CÁRCERE: AS DROGAS E AS DORES DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE 161

3.1 A PRISÃO COMO INSTITUIÇÃO TOTAL 166

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER ENCARCERADA: A VEDAÇÃO A TRATAMENTO DESUMANO E DEGRADANTE; O RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL; O CUMPRIMENTO DA PENA EM ESTABELECIMENTO DISTINTO E O DIREITO À PERMANÊNCIA COM OS FILHOS..... 172

3.3 A FAMÍLIA E A ESPECIAL PROTEÇÃO DO ESTADO 183

3.4 O VÍNCULO FAMILIAR DAS MULHERES PRIVADAS DA LIBERDADE: A PRIVAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR, À SOLIDARIEDADE E AO AFETO 189

3.5 MULHERES APRISIONADAS E O TRÁFICO DE DROGAS 194

3.6 O “BEM JURÍDICO” TUTELADO PELA LEI DE DROGAS *VERSUS* A GARANTIA PRIORITÁRIA DE PROTEÇÃO À ENTIDADE FAMILIAR 204

3.7 PROPOSTAS PARA MINIMIZAR OS REFLEXOS FAMILIARES DECORRENTES DO APRISIONAMENTO FEMININO 216

CONCLUSÕES 227

REFERÊNCIAS..... 233

INTRODUÇÃO

A dignidade não pode ser concebida apenas onde existe o direito, mas este poderá exercer um papel primordial na sua promoção e proteção, assegurando condições para uma existência digna, com liberdades, autonomias e igualdades. A concepção de direito, como regulador das vivências sociais, também tem seu alicerce na legalidade, como um freio ao arbítrio estatal. Portanto, uma conquista da humanidade.

Dessa forma, necessária se faz a compreensão da dimensão jurídico-constitucional da dignidade humana. Apesar da complexidade do tema e de seu caráter multidimensional, busca-se compreendê-lo, nos mais diversos conceitos e visões doutrinárias, devido à relevância dessa dimensão para o foco principal deste trabalho, que envolve a mulher no contexto carcerário.

Diante da temática, duas questões fundamentais se entrecruzam: a vida familiar e os direitos humanos. Pela necessidade interdisciplinar de análise é que se dá esta abordagem ampla, fazendo-se necessária a compreensão da dignidade humana, dos direitos fundamentais, da dogmática penal, da criminologia, da política criminal, da questão carcerária feminina, do contexto social e familiar envolvendo essas mulheres e da situação de vulnerabilidade a que são submetidos os filhos de mães aprisionadas.

Para tanto, primeiramente, urge compreender o modelo garantista, o Estado Democrático de Direito e os direitos humanos, temas abordados no primeiro capítulo deste estudo. Entendendo, ainda, a questão democrática e, especialmente, o que é a democracia constitucional. Por isso, o aprofundamento da teoria garantista como foco inicial será explorado, especialmente, nas obras de Luigi Ferrajoli.

Com o estudo que envolve o garantismo jurídico e que partirá da teoria geral garantista, pautada nos direitos fundamentais, pretende-se demonstrar, no decorrer das diversas abordagens teóricas, que o Direito como sistema de garantias está centrado nos direitos fundamentais, ou seja, o garantismo jurídico consiste na tutela de todos os direitos fundamentais e que representam o alicerce do Estado Democrático de Direito, tanto nas obrigações positivas atribuídas ao Estado, no âmbito social, quanto nas obrigações negativas impostas ao Estado, privilegiando as liberdades dos cidadãos.

A centralidade do tema que envolve a dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzida, conforme a matriz kantiana, na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa.

O homem não pode ser utilizado por outro homem como um meio ou um instrumento e, sobretudo, não deve respeitar apenas a dignidade do outro, mas a sua própria. A dignidade exige o respeito ao outro, aos deveres de solidariedade e a si mesmo. Dessa forma, é no pensamento de Kant, dentre outros teóricos, que se buscará fundamentar o tema que envolve a dignidade humana.

Compreender a necessidade de ter consciência de que os direitos humanos não formam apenas um conjunto de regras e que seus conteúdos não foram construídos de uma única vez e, portanto, nada está acabado, é um dos objetivos propostos. Há um caráter de historicidade que deve ser posto em evidência, não se permitindo qualquer visão absoluta em sua conceituação. Nesse contexto, partindo da evolução histórica do Estado, da própria sociedade e do direito é que se formalizam as garantias fundamentais. Busca-se, então, estudar as diversas dimensões que marcaram a evolução do processo de reconhecimento dos direitos fundamentais e que se entrelaçam nesse processo extremamente complexo, dinâmico e permanentemente aberto e mutável, assegurando e melhorando as condições de vida dos cidadãos.

Para tanto, o garantismo penal, voltado à defesa dos direitos de liberdade, especialmente da liberdade pessoal, se desenvolveu como teoria e como prática jurídica, em oposição à violação de princípios constitucionais e contra o arbítrio punitivo. Seu estudo serve como base para demonstrar as questões do cárcere, das mulheres, das drogas e suas nefastas consequências.

Outra etapa importante ocorre no segundo capítulo, em que o enfoque será dado às ciências penais e criminológicas, buscando demonstrar que o caminhar orienta-se para um modelo integrado, imposto pela necessidade de um método interdisciplinar e pela unidade do saber científico. Assim, faz-se necessário estudar a dogmática penal, a criminologia e a política criminal como três pilares do sistema das ciências criminais, inseparáveis e interdependentes. O tema envolvendo a segurança não pode ser ignorado ou subestimado. Entretanto, são as campanhas alarmistas que agravam os problemas, prejudicando toda e qualquer possibilidade de propostas racionais, propalando a cultura do pânico e fomentando o discurso de defesa social, com promessas de segurança e manutenção da ordem.

A utilização da pena como única forma de enfrentar a violência não busca, em princípio, qualquer melhoria material, tanto da pessoa afetada, quanto das condições que deram causa ao conflito, preenchendo apenas um efeito simbólico. E o uso do instrumento simbólico, ao

mesmo tempo em que desonera o Estado de tarefas assistenciais, fomenta maior intensificação do processo de exclusão social. Os fazeres simples da vida estão impregnados de sensações de medos. Nesse contexto, a cultura do medo reflete-se na crença de que se vive em um momento particularmente perigoso, devido ao aumento da criminalidade violenta, e legítima posturas autoritárias que, de acordo com interesses, são difundidas como capazes de solucionar todas essas mazelas. São questões levantadas nesta pesquisa.

Inicia-se, ainda no segundo capítulo, o estudo do fenômeno do encarceramento feminino, vinculado aos efeitos jurídico-penais da Lei de drogas, para que se possa, ao final, apontar as consequências desse aprisionamento no contexto familiar, especialmente na vida dos filhos.

E, por fim, no terceiro capítulo, orienta-se o estudo para as condutas delitivas que têm aprisionado tantas mulheres nas últimas décadas; para a questão dos direitos fundamentais inerentes à condição de mulher presa, bem como para alguns aspectos do contexto social dessas mulheres, possibilitando direcionar o foco para a família, para os filhos e para as consequências da prisão na vida dessas famílias.

A realidade prisional feminina não difere, substancialmente, da realidade prisional masculina. Entretanto, alguns aspectos merecem ser tratados com as peculiaridades que os envolvem, como é o caso da necessidade de um local adequado à condição feminina para cumprimento da pena.

O encarceramento da população brasileira, nas últimas décadas, teve uma expansão preocupante. Entretanto, a expansão do aprisionamento feminino é uma nova realidade. O número de mulheres presas tem aumentado, significativamente, nos últimos anos. Por quê? Quais são os delitos praticados por essas mulheres? Quem são elas? Quais os reflexos familiares, especialmente em relação aos filhos, que podem advir dessa separação compulsória? São alguns questionamentos que precisam ser refletidos com seriedade, sensibilidade e comprometimento.

Ao ingressar em uma instituição total, como o cárcere, muitas perdas são irreversíveis e, embora alguns papéis possam ser recuperados ou restabelecidos quando do retorno ao convívio social, algumas perdas são irrecuperáveis e dolorosamente sentidas. Dentre elas pode-se destacar o afastamento compulsório do preso com seus familiares. A mãe presa que deixa de acompanhar o crescimento de seus filhos dificilmente terá como retomar as fases diversas da vida da criança. É a ruptura de laços difíceis de retomar.

Estudar, pois, os direitos fundamentais vinculados à mulher encarcerada, como o direito de cumprir sua pena em estabelecimento distinto, de ser respeitada com dignidade e humanidade, de ter direito à permanência com seus filhos, para assegurar a preservação dos laços maternos, é outro desafio. De suma relevância é compreender a questão familiar, a garantia prioritária dada à criança e ao adolescente nas políticas públicas, o direito à convivência familiar, à solidariedade dessas relações, ao amor e ao afeto. É necessário o compromisso articulado entre família, sociedade e Estado quando o assunto é criança e adolescente.

Assim, é preciso compreender o contexto que envolve essas questões, para contextualizar quais os bens jurídicos que estão envolvidos, ou seja, por um lado existe a preocupação do Estado com a saúde pública e que o enfrentamento às drogas buscava resolver. De outro lado está a questão familiar que este Estado também assumiu um compromisso constitucional de proteger. Propõe-se, então, o aprofundamento de tais questões.

Esta pesquisa caracteriza-se como de tipo bibliográfica, com consultas a diversas obras, periódicos, bancos de dados, legislações, disponibilizados na forma impressa ou eletrônica. O estudo foi construído a partir de análises teóricas, bem como de dados compilados por órgãos oficiais e por diversas pesquisas de campo produzidas por diferentes pesquisadores. Vincula-se à área de concentração denominada Direito, Estado e Sociedade e à linha de pesquisa Constituição, Cidadania e Direitos Humanos do programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Turma Especial MINTER UFSC/UNOCHAPECÓ.

CAPÍTULO I

1 GARANTISMO JURÍDICO, DIGNIDADE HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, onde a liberdade, autonomia e igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

(Ingo Wolfgang Sarlet)

O estudo da dignidade conduz, indiscutivelmente, a considerar o homem em sua globalidade. Os direitos do homem serão sempre direitos de todos os seres humanos. Mesmo antes de serem reconhecidos e positivados, integravam uma espécie de moral jurídica universal. Já os direitos fundamentais têm o seu nascimento e o seu desenvolvimento com as Constituições, nas quais foram positivados, reconhecidos e assegurados. E é assim que os direitos humanos, como direitos que são inerentes à própria condição e dignidade humana, são transformados, pelo modelo positivista, em direitos fundamentais.

O aprofundamento da teoria garantista, como foco inicial deste estudo, será explorado, especialmente, nas obras de Luigi Ferrajoli¹. Com o estudo que envolve o garantismo jurídico e que partirá da teoria geral garantista, edificada nos direitos fundamentais, pretende-se demonstrar, no decorrer das diversas abordagens teóricas, que o Direito, como sistema de garantias, está centrado nos direitos fundamentais. O garantismo jurídico consiste na tutela de todos os direitos fundamentais e que representam o alicerce do Estado Democrático de Direito, seja nas obrigações positivas do Estado, no âmbito social, seja nas obrigações negativas impostas ao Estado, privilegiando as liberdades dos cidadãos.

¹ Outros teóricos e estudiosos brasileiros, da teoria geral do garantismo, a serem mencionados no decorrer deste capítulo introdutório e que servirão para a fundamentação deste trabalho, darão um suporte fundamental para compreender a teoria de Ferrajoli em face da realidade brasileira e do tema ora proposto.

A centralidade do tema que envolve a dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzida, conforme a matriz kantiana, na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa. O homem não pode ser utilizado por outro como um meio ou um instrumento e, sobretudo, não deve respeitar apenas a dignidade do outro, mas a sua própria. Assim, a elaboração teórica do conceito de pessoa, como sujeito de direitos universais, surge com a filosofia kantiana, em que o primeiro postulado ético de Kant é o de que o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios. E, ainda, é em Kant que a concepção de dignidade da pessoa humana encontra seu fundamento, especialmente em relação à ação e aos problemas morais nela imbricados. Então, nessa concepção, o homem é um ser ativo e capaz de sentir-se responsável pelas suas próprias condutas, com consciência de seus deveres e capaz de dirigir seu destino. Dessa forma, é no pensamento de Kant que se buscará fundamentar o tema que envolve a dignidade humana².

Compreender a necessidade de se ter consciência de que os direitos humanos não formam apenas um conjunto de regras e que seus conteúdos não foram construídos de pronto e que, portanto, nada está acabado, é um dos objetivos propostos. Há um caráter de historicidade que deve ser posto em evidência, não se permitindo qualquer visão absoluta em sua conceituação. Diante disso, a visão de inúmeros pensadores, com as mais diversas concepções, torna-se fundamental, pois nenhuma capacidade legitimamente humana e reconhecida como direito pode ser concebida como eterna ou sagrada, uma vez que expressa um compromisso político e uma determinada correlação de forças que nos mais diversos âmbitos sociais e nos diversos setores populares é defendida e conquistada em cada momento histórico/cultural.

Nesse contexto e partindo da evolução histórica do Estado, da própria sociedade e do direito é que se formalizam as garantias fundamentais. Busca-se, então, compreender as diversas dimensões que marcaram a evolução do processo de reconhecimento dos direitos fundamentais e que se entrelaçam nesse processo extremamente complexo, dinâmico e permanentemente aberto e mutável. A simples elaboração de um texto legal, por melhor que seja, não é suficiente para que seu projeto idealizador se incorpore concretamente nas estruturas sociais.

² A contribuição doutrinária brasileira, especialmente de Ingo Wolfgang Sarlet, dará o suporte fundamental para a compreensão dessa instigante temática.

Não há como olvidar que o direito é produto dessa evolução, desse amadurecimento histórico e cultural, como produto do meio social, na busca do bem-estar humano e de uma vivência digna para todos. Onde não houver respeito pela integridade física, moral, pela vida do ser humano, não existirá espaço para a dignidade humana.

No âmbito internacional, a grande mudança deu-se com o novo paradigma do direito internacional, que teve como marco a Declaração Internacional de Direitos do Homem, de 1948, tornando o homem sujeito de direitos e deveres no âmbito global e que também foi a responsável pela inclusão, nos mais diversos Estados Nacionais, do rol de direitos fundamentais. Nesse pensar é que se pretende abordar a democracia, a dignidade humana, os direitos fundamentais da pessoa e tudo aquilo que possa garanti-los e torná-los efetivos.

A dignidade não pode ser concebida apenas onde existe o direito, mas este poderá exercer um papel fundamental na sua promoção e proteção, assegurando condições para uma existência digna, com liberdades, autonomias e igualdades. Dessa forma, necessária se faz a compreensão da dimensão jurídico-constitucional da dignidade humana. Apesar da complexidade do tema, busca-se compreender, nos mais diversos conceitos e visões doutrinárias estudadas, a grande relevância dessa dimensão para o tema principal a ser abordado neste trabalho.

1.1 O MODELO GARANTISTA, A DEMOCRACIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para abordar o modelo garantista e o Estado Democrático de Direito, toma-se como ponto de partida a compreensão de quem é o principal expoente desse modelo: Luigi Ferrajoli³. Através de ampla produção intelectual, suas inúmeras obras e ensaios sobre teoria do direito, lógica jurídica, metodologia da ciência jurídica e crítica do direito, assim como os inúmeros debates e conferências permitem compreender o transitar do teórico, desde o garantismo penal, até a construção de um novo paradigma de teoria de direito e da democracia constitucional. Sem dúvida, trata-se de um cidadão cosmopolitano e militante.

O cosmopolitismo ferrajoliano não se limita aos seus aportes teóricos, mas vai além, compreendendo um envolvimento pessoal,

³ Luigi Ferrajoli nasceu em Florência, em 1940. Exerceu a função de juiz entre 1967 e 1975. É professor de filosofia do direito e de teoria geral do direito. Dedicou-se à docência, primeiramente na Universidade de Camerino e, depois, na Università degli Studi Roma TRE.

inclusive físico, na construção de um garantismo global. A afirmação é de Carbonel⁴ que a justifica embasado na constante presença de Ferrajoli em todo o abrangente mundo de língua hispânica. São inúmeras as suas viagens à Espanha e à América Latina. Sua presença é esperada ansiosamente por estudantes e profissionais do direito e de outras esferas sociais, os quais almejam perguntar e debater com o líder de um movimento que tem feito das garantias, dos direitos fundamentais e da paz, uma bandeira na qual militam milhares de cidadãos. Essa é a ordem global que Ferrajoli tem, pessoalmente, ajudado a construir.

Para compreender o tema envolvendo o modelo garantista, o Estado Democrático de Direito e os direitos humanos, é necessário, primeiramente, compreender a questão democrática e, especialmente, o que é a *democracia constitucional*, tratada por Ferrajoli como “um novo paradigma”.

Para tanto, não se pode perder de vista a afirmação de Bobbio⁵ quando enfatiza que “direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.”

Conceituar democracia é uma tarefa complexa uma vez que, com o passar do tempo, sofreu inúmeras transformações. Como afirma Streck⁶, parafraseando Warat, o termo “democracia” foi “transformado em um estereótipo, contaminado por uma anemia significativa.” Pode-se, então, afirmar que a democracia é uma questão permanentemente aberta e mutante, mas que, por outro lado, apresenta alguns traços que a distinguem de outras formas sociais e políticas, especialmente por se tratar da sociedade verdadeiramente histórica e aberta às transformações.

Entretanto, adverte Streck⁷, as lutas históricas em prol da democracia demonstram o quão difícil é alcançá-la e, principalmente, conservá-la, uma vez que a questão da democracia acompanha o surgimento da formação da sociedade organizada e do Estado. Isso resta

⁴ CARBONEL, Miguel. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Tradução de Miguel Carbonell. Madri: Trotta, 2008, p. 20-21.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Apresentação de Celso Lafer. Tradução de Carlos Nellson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 1.

⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 109.

⁷ STRECK; MORAIS, *Ciência Política e Teoria do Estado*, 2006, p. 109-110.

evidenciado no lento processo de conquistas de liberdades e dos direitos humanos.

A democracia é, então, um processo dinâmico ligado a uma sociedade *aberta* e *ativa* e, por isso, a afirmação de que o princípio democrático não é condizente com uma compreensão estática de democracia⁸.

Ao buscar o alcance da definição etimológica de democracia, deve-se compreender a análise sob duas perspectivas, segundo a proposição de Ajeta⁹. Primeiramente, por meio do seu uso *descritivo* e que se manifesta pela perspectiva *analítica*, a qual se subdivide na democracia dos *antigos* (representada especialmente pela democracia direta da Grécia clássica) e na democracia dos *modernos* (representada pela deflagração da democracia representativa). A segunda perspectiva apresenta seu uso *prescritivo* e que se revela numa vertente *axiológica*.

As principais diferenças entre a democracia antiga e a moderna é que aquela foi produzida como efeito de uma diferente concepção moral do mundo e a democracia moderna surge como resultado natural da alteração das condições históricas. Adverte Ajeta¹⁰ que para a palavra democracia existem inúmeros contextos em que se pode encontrar alicerce. Dessa forma, não se pode considerar a democracia como um modelo fechado, mas como um processo em contínua invenção e reinvenção. A democracia revela-se, nesse pensar, como uma modalidade de sistema político fundada em imperativos e metas de caráter axiológico. Assim, não obstante sua imprecisão descritiva (*o ser*), também se revela como um *dever-ser*.

Ao propor uma definição mínima para democracia, Bobbio¹¹ afirma que todo grupo social está determinado a tomar decisões vinculatórias a todos os seus membros, objetivando a própria sobrevivência. Entretanto, até mesmo as decisões assumidas pelo grupo são tomadas por indivíduos, ou seja, a decisão não é enquanto “grupo” e é exatamente por isto que, para ser aceita como decisão coletiva, deverá ser tomada com base em regras (que poderão ser escritas ou consuetudinárias) e que determinam quais são os indivíduos autorizados a tomar tais decisões para todos e em que se fundam tais procedimentos. Dessa forma, um regime democrático caracteriza-se por atribuir esse

⁸ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 289.

⁹ AJETA, Vânia Siciliano. Democracia. In: *Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barretto (Coordenador). São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 190.

¹⁰ AJETA, Democracia, 2006, p. 192.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 30-32.

poder aos sujeitos chamados a tomar ou colaborar para tais decisões coletivas.

Até mesmo para uma definição mínima de democracia¹², não basta a atribuição a um determinado número de participantes ou a definição das regras a serem seguidas. Há a necessidade de que, para aqueles que são chamados a decidir ou eleger os que vão decidir, sejam assegurados os denominados direitos de liberdade, opinião, expressão, reunião, dentre outros. São os direitos em que se fundou o nascimento do Estado liberal. Diante disso, o Estado liberal é o pressuposto, não apenas histórico, mas jurídico do Estado democrático. Nesse sentido, Bobbio afirma que Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos:

[...] na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. [...]. A prova histórica desta interdependência está no fato de que o Estado liberal e o Estado democrático, quando caem, caem juntos.¹³

Nessa contextualização histórica, pode-se destacar o pensamento de Lipovetsky¹⁴, na reflexão envolvendo o modernismo e os valores democráticos, quando afirma que o modernismo não seria mais do que uma face do vasto processo secular que conduziu ao surgimento das sociedades democráticas, fundadas na soberania do indivíduo e do povo. Sociedades essas libertadas da submissão aos deuses, do domínio da tradição e das hierarquias hereditárias. Um empreendimento revolucionário democrático, com uma sociedade sem fundamento divino e com a vontade dos homens reconhecidos como iguais e que, a partir daí, a sociedade se apropria do direito de guiar a si mesma.

A trajetória do processo democrático nunca se caracterizou por um desenvolvimento linear, como afirma Streck¹⁵, pois, longe de ser

¹² BOBBIO, *O futuro da Democracia*, 2002, p. 32.

¹³ BOBBIO, *O futuro da Democracia*, 2002, p. 2-33.

¹⁴ LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio – ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch. São Paulo: Manole, 2005, p. 66.

¹⁵ STRECK; MORAIS, *Ciência Política e Teoria do Estado*, 2006, p. 113-114.

uniforme, muitas vezes manifestou-se de forma contraditória; muitas promessas não foram cumpridas, pelos formuladores do ideário democrático; no lugar dos protagonistas das “regras do jogo”, que originalmente deveriam ser os indivíduos, surgem grupos de interesses e que patrocinam o jogo político; a organização da sociedade, com o poder centralizado em um único espaço, passa a ser dispersa; com a detenção do poder político, pretendendo-se o fim do poder oligárquico, o que ocorreu foi a multiplicação de elites que concorrem entre si em busca da dominação política.

A propósito, as “regras do jogo” mencionadas por Streck e por Ferrajoli encontram em Bobbio¹⁶ a afirmação de que, acima de tudo, deve-se estar atento para quais são as regras com as quais se desenvolve a luta política em um determinado contexto histórico, uma vez que o que distingue um sistema democrático de um sistema não-democrático é um conjunto de “regras do jogo”. Essas, amadurecidas ao longo dos tempos, encontram-se hoje, quase por toda parte, constitucionalizadas e o respeito a elas constitui o fundamento da legitimidade de todo o sistema.

Nesse sentido, a tese sustentada por Ferrajoli¹⁷ é de que a *democracia constitucional* é um novo modelo de democracia, fruto de uma mudança radical de paradigma, sobre o papel do direito, nos últimos cinquenta anos, mas sobre a qual ainda não se tem tomado consciência suficiente. Essa mudança de paradigma não teria ocorrido em datas determinadas. Na realidade, trata-se de mudanças que ocorrem muito mais no imaginário coletivo e na cultura jurídica e política do que nas estruturas institucionais. Se, entretanto, quiser apontar-se uma época específica, tanto na estrutura do direito como na democracia, pode-se falar na fase posterior à derrota do nazismo e do fascismo, que abrange o período de 1945 a 1949. É nesses anos cruciais que nasce o atual paradigma da democracia constitucional, destacando-se a Carta das Nações Unidas, em 1945; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948; a Constituição Italiana, em 1948; e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em 1948.

Nesses anos cruciais (1945-1949), compreende-se¹⁸ que o consenso de massas sobre o qual estavam fundadas as ditaduras fascistas, mesmo sendo majoritários, já não poderia ser a única fonte de legitimação do poder. Descobre-se, então, o significado de Constituição

¹⁶ BOBBIO, *O futuro da Democracia*, 2002, p. 77-78.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Tradução de Christian Courtis. Madri: Trota, 2008, p. 27-28.

¹⁸ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 28-29.

como “limite e vínculo” aos poderes públicos, estipulado dois séculos antes, no artigo 16¹⁹ da Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Redescobre-se, no âmbito internacional, o valor da Constituição como norma dirigida a garantir a divisão de poderes e de direitos fundamentais de todos. Por tal motivo, é apropriado dizer que o antifascismo é uma nota genética não apenas da democracia italiana, mas da democracia contemporânea, nascida das ruínas da Segunda Guerra Mundial. É a democracia vista sob nova concepção, através da negação do fascismo e de tudo o quanto havia negado: “o valor da paz, a divisão dos poderes, a igualdade de todos os homens e das mulheres do planeta, a tutela de seus direitos fundamentais.”²⁰

Salienta-se, então, que se a democracia tem como suporte o princípio maioritário, isto não significa qualquer “absolutismo da maioria” ou o “domínio da maioria”, como o exemplificado por Ferrajoli, envolvendo as ditaduras. Assim, “[...] o direito da maioria é sempre *um direito em concorrência com o direito das minorias* com o consequente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias.”²¹

Por isso a afirmação de que a maioria não pode dispor de toda a “legalidade”, pelo simples fato de ser maior número, como é o caso dos direitos, liberdades e garantias. Significa dizer que o princípio da constitucionalidade se sobrepõe ao princípio maioritário.²²

Nesse sentido, reforça Ferrajoli²³, a primeira regra de todo pacto constitucional, no que diz respeito à convivência civil, não é propriamente de que tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir ou não decidir, nem mesmo por maioria. Significa dizer que nem mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direita, torna-se um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for nela ilimitado.

Por outro lado, a verdadeira invenção deste século, que tornou possível o papel da Constituição como garantia da divisão de poderes e dos direitos fundamentais, consiste no caráter rígido da Constituição e, consequentemente, da sujeição ao direito de todos os poderes, inclusive

¹⁹ Artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre: “Toda sociedad en la que no están aseguradas la garantía de los derechos ni la separación de los poderes no tiene constitución.” FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, 2008, p. 28-29.

²⁰ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 28. (Tradução nossa). “El valor de la paz, la división de poderes, la igualdad de todos los hombres y las mujeres del planeta, la tutela de sus derechos fundamentales.”

²¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 329.

²² CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 329.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão- Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 689.

o legislativo, tanto no plano interno quanto no plano do direito internacional, tanto nas Constituições dos Estados quanto no embrião da Constituição mundial, sustentado na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Um modelo rígido de Constituição significa o reconhecimento de que as constituições são normas superiores à legislação ordinária, sujeitas ao controle das leis por parte dos Tribunais Constitucionais. Em todos os ordenamentos existiam constituições e leis, entretanto, as Cartas Constitucionais não eram consideradas como vínculos rígidos, mas concebidas como documentos públicos ou como simples leis ordinárias.²⁴

Ao tratar sobre a rigidez constitucional, Canotilho²⁵ afirma que a Constituição é do tipo rígido quando exige para a sua modificação um processo agravado em relação àquele de formação das leis ordinárias, impedindo a livre alteração da lei fundamental pelo legislador ordinário. Ressalta que a superioridade da Constituição e do poder constituinte não significa uma proibição absoluta de inalterabilidade, mas a imposição de uma rigidez relativa, sendo que a limitação do poder de revisão, bem como o procedimento especial de revisão, existem exatamente para assegurar esta rigidez relativa.

Adverte Ferrajoli²⁶ que a rigidez da Constituição “amarra as mãos das gerações presentes para impedir que estas *amputem* as mãos das gerações futuras”. Significa dizer que um povo pode decidir democrática e contingentemente, ignorar ou destruir a própria Constituição e entregar-se a um governo totalitário. Entretanto, não pode fazê-lo de forma constitucional, invocando a seu favor o respeito dos direitos das futuras gerações ou a onipotência da maioria.

Assim, a rigidez da Constituição é expressão e garantia da soberania popular das gerações futuras e dos próprios poderes das futuras maiorias. Com essa base, afirma Ferrajoli²⁷, deve impedir-se, ao menos, a revisão dos princípios constitucionais supremos.

Outrora, os direitos do homem eram considerados apenas como direitos naturais e a única defesa possível na ocorrência de sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, denominado direito de resistência. Entretanto, com as constituições que reconheceram a

²⁴ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 28-29.

²⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1059.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi; MORESCO, José Juan; ATIENZA, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Edição Gerardo Pisarello e Ricardo García Manrique. Madri: Trota, 2008, p. 96.

²⁷ FERRAJOLI; MORESCO; ATIENZA, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 2008, p. 95-96.

proteção jurídica de alguns desses direitos, o que era direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover ações judiciais em desfavor dos próprios órgãos do Estado.²⁸

Não fazia parte do imaginário dos juristas e popular, há cinquenta anos, que uma lei estaria acima de outras leis, ou um direito acima do outro. Era inconcebível que uma lei poderia limitar outra. A mudança veio com o reconhecimento da Constituição como norma suprema e à qual todas as outras normas estão rigidamente subordinadas. Já não é apenas um produto do legislador, mas também limite e vínculo para ele.²⁹

O direito resulta positivado não apenas em seu “ser”, ou seja, em sua “existência”, mas também em seu “dever ser”, quer dizer, em suas condições de “validade”. A esse direito que está acima do direito, Ferrajoli chama de “modelo”, “sistema” ou “paradigma garantista” em oposição àquele paleopositivista do Estado liberal preconstitucional e que não se limita apenas às *formas* de produção do direito, mediante normas procedimentais, mas se volta aos seus *conteúdos substanciais*, vinculando-os aos princípios de justiça, igualdade, paz e tutela dos direitos fundamentais, inscritos nas constituições. Desta forma, “precisamente neste direito acima do direito, neste sistema de normas metalegais destinadas aos poderes públicos e sobretudo ao legislador, consiste a Constituição”, pois:

[...] se trata da *convención democrática* acerca do que é indecível para qualquer maioria, ou porque certas coisas não podem ser decididas, e porque outras não podem não ser decididas.³⁰

Essa mudança revolucionária de paradigma que envolveu, além do direito, a jurisdição, a ciência jurídica e a própria democracia, segundo Ferrajoli³¹, ocorre em primeiro lugar nas condições de validade das leis. Elas dependem do respeito, não somente de normas procedimentais, mas de normas substanciais, ou seja, sobre sua coerência com os princípios de justiça estabelecidos na Constituição.

²⁸ BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 31.

²⁹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 30.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 31. (Tradução nossa). “Precisamente en este derecho por encima del derecho, en este sistema de normas metalegales destinadas a los poderes públicos y ante todo al legislador, consiste la constitución: se trata de la convención democrática acerca de lo que es indecible para cualquier mayoría, o bien por qué ciertas cosas no pueden ser decididas, y por qué otras no pueden no ser decididas.”

³¹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 31.

Uma segunda mudança diz respeito à natureza da jurisdição e da relação entre o juiz e a lei. Diferente do velho paradigma juspositivista, de sujeição à letra da lei, sem a preocupação com o seu significado, passa a valer a sujeição à Constituição, a qual impõe ao juiz a crítica das leis inválidas, através de sua reinterpretação com enfoque constitucional e, se for o caso, na denúncia de sua inconstitucionalidade.

Em terceiro lugar, muda o papel da ciência jurídica. Essa mudança, para Ferrajoli³², resulta investida não numa função apenas descritiva, mas crítica e projetada frente ao seu objeto, tanto em relação às lacunas da legislação frente aos imperativos constitucionais, como na introdução de técnicas e garantias necessárias para superar as lacunas e antinomias. Muda, sobretudo, a própria natureza da democracia. A constitucionalização rígida dos direitos fundamentais, impondo proibições e obrigações aos poderes públicos, inseriu na democracia uma dimensão substancial, agregada à tradicional dimensão formal. Muda, por fim, como consequência, a relação entre a política e o direito. Já não é mais este que se subordina à política como instrumento, senão a política que se converte em instrumento de atuação do direito, submetida pelas limitações impostas pelos princípios constitucionais, como os vínculos negativos (tais como os direitos de liberdade, que não podem ser violados) e os vínculos positivos (como o caso dos direitos sociais, que devem ser satisfeitos).

A evolução histórica do constitucionalismo no mundo contemporâneo, para Streck³³, coloca a Constituição como detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissória. É do sentido que se tem da Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema. Quando o intérprete interpreta um texto, estará no entremeio do círculo hermenêutico.

O que é, então, a Constituição? O questionamento é lançado por Ferrajoli³⁴, para quem a Constituição se caracteriza por um sistema de regras, substanciais e formais, e que tem como destinatários próprios os titulares do poder. A Constituição não representa apenas o perfeccionismo do Estado de direito, com a extensão do princípio da legalidade a todos os poderes, inclusive ao legislativo, mas constitui, também, um programa político para o futuro. Isso significa a imposição

³² FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 31-32.

³³ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 209-210.

³⁴ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 32-33.

a todos os poderes de imperativos negativos e positivos, como fonte para sua legitimação e mais, para sua deslegitimação.

Essa função de limites e vínculos para a maioria seria suficiente para garantir o direito de todos, para excluir a possibilidade de que as constituições estejam à disposição da mesma maioria e para reconhecer a sua natureza de pacto fundante, dirigido a assegurar a paz e a convivência civil. Se o que mantém a correção do jogo é o conjunto de suas regras, esse pacto não pode deixar de estabelecer garantias para todos os jogadores, começando pelos mais fracos.³⁵

No contexto brasileiro, no auge do entusiasmo cívico, a Constituição de 1988 foi denominada de “Constituição Cidadã”. De acordo com Carvalho³⁶, havia a crença de que a democratização das instituições traria rapidamente a felicidade nacional. Entretanto, problemas centrais ainda existentes fazem com que os próprios mecanismos e agentes do sistema democrático, como as eleições, os partidos, os políticos, o Congresso se desgastem, ocorrendo perda de credibilidade.

Por outro lado³⁷, se as constituições têm como destinatários os poderes constituídos, estes não podem ser modificados, derogados ou debilitados por eles mesmos, mas somente ampliados e reforçados. Enfim, se as normas constitucionais substanciais não são outra coisa senão os direitos fundamentais, elas pertencem a todos os que são titulares desses direitos. É nessa titularidade comum que reside o sentido da democracia e da soberania popular.

Canotilho designa a constitucionalização como “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.”³⁸ A sua consequência mais evidente é a proteção dos direitos fundamentais, mediante o controle jurisdicional dos atos normativos da constitucionalidade destes direitos.

Compreendendo a gênese histórica das constituições, resta confirmada a sua natureza de pacto, de contrato social escrito, imposto ao soberano para limitar e vincular os poderes que, de outra forma, seriam absolutos. Para Ferrajoli³⁹, essa natureza de pacto é intrínseca à noção de Constituição, tanto no plano filosófico quanto no plano

³⁵ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 32-33.

³⁶ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil – o longo caminho*. 14. ed. Rio De Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 7-9.

³⁷ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 33.

³⁸ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 378.

³⁹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 33.

histórico. No plano filosófico trata-se de fruto da ideia contratualista, formulada por Hobbes e desenvolvida posteriormente pelo pensamento jurídico, segundo o qual o Estado e o direito não são, como na concepção clássica e premoderna, um fato natural, mas um fenômeno artificial e convencional, construído pelos homens para a tutela de suas necessidades e direitos naturais: segundo Hobbes, o direito à vida e, segundo Locke, os direitos à liberdade e propriedade e, na sequência, os direitos políticos e sociais que vieram se agregando com o constitucionalismo moderno.

A ideia do contrato social é, pois, uma grande metáfora da democracia, em suas duas dimensões: da democracia política e formal, em que a legitimação do poder público passa a fundar-se no consenso dos contratantes; e do Estado de direito e da democracia substancial, em que o consenso está condicionado ao respeito aos direitos naturais, positivamente estipulados para a tutela de todos.⁴⁰

Por tais motivos, que Canotilho afirma que os direitos fundamentais devem ser, acima de tudo, compreendidos, interpretados e aplicados “como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direito’.”⁴¹

Também é relevante a contribuição do pensamento de Stein⁴² quando trata de interpretação. Quando ela ocorre, poderá haver divergências na interpretação e quando estas ocorrem se faz necessário mostrar as razões pelas quais se diverge; mostrar caminhos e métodos. Por exemplo, um fato histórico é interpretado de maneiras distintas por indivíduos que vivem em épocas históricas diferentes, significando dizer que a característica da proposição dependerá das condições históricas do indivíduo.

Nesse contexto, as Cartas Constitucionais e as Declarações de Direitos não são outra coisa senão pactos sociais, expressos de forma escrita, cujas cláusulas são os princípios e os direitos fundamentais, que de *naturais* se transformam em *positivos* e *constitucionais*. A afirmação é de Ferrajoli⁴³, para quem todas as constituições dignas dessa denominação nasceram como ruptura com o passado e, simultaneamente, como convenção programática sobre o futuro.

Nenhuma dessas constituições “caíu do céu” e nem foi elaborada nos gabinetes de juristas. Não apenas aquelas dos séculos XVIII e XIX,

⁴⁰ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 33.

⁴¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 378.

⁴² STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 46.

⁴³ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 34.

mas também as do século XX foram conquistadas com lutas sangrentas, por movimentos populares⁴⁴. As constituições são sempre produtos de rupturas revolucionárias e de pactos fundadores ou refundadores da convivência civil. Isso as diferencia daquelas constituições que são simples cópias das europeias, como as existentes em muitos ordenamentos democráticos frágeis. Assim:

O paradigma do Estado constitucional de direito – ou seja, o modelo garantista – não é outra coisa que esta dupla sujeição do direito ao direito, que afeta ambas dimensões de todo fenómeno normativo: a vigência e a validade, a forma e a substância, os signos e os significados, a legitimação formal e a legitimação substancial, ou, se se quer, a ‘racionalidade formal’ e a ‘racionalidade material’ weberianas.⁴⁵

E, nesse sentido, afirma Ferrajoli, deve-se compreender que:

[...] todos os direitos fundamentais – não somente os direitos sociais e as obrigações positivas que impõem ao Estado, mas também os direitos de liberdade e os correspondentes deveres negativos que limitam suas intervenções – equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e expressam, ao mesmo tempo, os fins a que está orientado esse moderno artifício que é o Estado constitucional de direito.⁴⁶

⁴⁴ Ferrajoli exemplifica com a Constituição Italiana, nascida da resistência e da guerra de libertação contra a ditadura fascista; a lei fundamental alemã, fruto do repúdio ao nazismo; as constituições espanholas e portuguesa, decorrentes da ruptura com os regimes de Franco e Salazar; a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, 2008, p. 34-35.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías* – La ley Del más débil. 5. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madri: Trota, 2006, p. 22. (Tradução nossa). “El paradigma del Estado constitucional de derecho – o sea, El modelo garantista – no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la “racionalidad formal” y la “racionalidad material” weberianas.”

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías* – La ley Del más débil, 2006, p. 22. (Tradução nossa). “[...] todos los derechos fundamentales – no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artifício que es el Estado constitucional de derecho.”

O modelo garantista permite analisar um determinado sistema constitucional e detectar eventuais antinomias entre os princípios constitucionais e as normas inferiores e, ainda, eventuais incoerências entre as práticas institucionais efetivas e as normas legais. Isso permitirá que se possa inferir o grau de efetividade da norma constitucional.⁴⁷

Assim, é necessário compreender de forma sistematizada o que é o garantismo neste momento, para que se possa avançar no tema que envolve os direitos humanos e os direitos fundamentais.

1.1.1 O que é o Garantismo

Há aproximadamente vinte anos surge, no vocabulário jurídico e político italiano, a palavra “garantismo”, que designa um modelo de direito voltado a garantir direitos subjetivos. Dependendo do direito para cujas proteções se estabelecem as garantias é que surgem os diversos tipos ou significados de garantismo. Podendo ser, assim, *garantismo patrimonial*, destinado a tutelar o direito à propriedade ou outros direitos patrimoniais; *garantismo social* para designar o conjunto de garantias para satisfazer os direitos sociais, como a saúde, a educação, o trabalho, dentre outros; e o *garantismo liberal* e, especificamente, *penal* para designar as técnicas estabelecidas para a defesa dos direitos de liberdade, especialmente da liberdade pessoal, frente às intervenções policiais ou judiciais arbitrárias.⁴⁸

Contudo, a concepção que tem prevalecido é a designação de *garantismo penal*. É no âmbito do direito penal que o garantismo se desenvolveu como teoria e como prática jurídica opondo-se, primeiramente, aos legados da legislação fascista e, posteriormente, às numerosas leis excepcionais e de emergência, contrariando princípios constitucionais e no débil sistema de garantias contra o arbítrio punitivo já existente.⁴⁹

Não é diferente a visão sobre a teoria geral do garantismo⁵⁰, explicada por Cademartori⁵¹, quando afirma que apesar de,

⁴⁷ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e legitimidade* – uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas-SP: Millennium, 2007, p. 92.

⁴⁸ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 192.

⁴⁹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 192.

⁵⁰ Cademartori destaca que: “Em sua versão contemporânea a teoria geral do garantismo foi formulada por Luigi Ferrajoli em 1989, em sua obra *Diritto e Regione*. [...] O livro é dedicado, em sua maior parte, à teoria penal do garantismo, sendo que nos dois últimos capítulos finais (13 e 14), constrói uma teoria geral garantista, que apresenta suficiente aptidão para dar conta do modelo de Estado de Direito e propor um resgate de sua legitimação.” CADEMARTORI, *Estado de Direito e legitimidade* – uma abordagem garantista, 2007, p. 92.

⁵¹ CADEMARTORI, *Estado de Direito e legitimidade* – uma abordagem garantista, 2007, p. 91-93.

originalmente, pensada dentro da matriz penalista, o seu desdobramento em uma teoria geral possibilita um enorme potencial explicativo e propositivo. Assim, na visão epistemológica, essa teoria tem seu embasamento no conceito de centralidade da pessoa. Significa que é em seu nome (em nome da pessoa) que o poder deve se constituir e deve servir. Por sua vez, como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos do exercício do poder político. Tem-se, pois, o aspecto propositivo da teoria, ou seja, a postulação de valores que devem ser perseguidos pelo Estado de Direito, um modelo ideal dese Estado no qual os diversos “Estados Reais de Direitos” devem aproximar-se sob pena de deslegitimação. As finalidades a serem perseguidas referem-se à dignidade humana, à paz, à liberdade plena e à igualdade substancial.

Para explicitar o significado de garantismo no contexto da realidade brasileira e, especialmente, da prática forense, Rosa⁵² parte da teoria geral garantista, alicerçada nos direitos fundamentais, cujo modelo de respeito e efetivação irá determinar o grau de legitimidade do Estado. Para tanto, afirma que a teoria geral do garantismo tem seu alicerce no respeito à dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Significa que se deve atingir a democracia material e não apenas a mera democracia formal. Os direitos fundamentais, além de respeitados, devem ser efetivados e garantidos a todos os indivíduos.

Exatamente por isto o garantismo de um sistema jurídico é, para Ferrajoli⁵³, uma questão de grau e depende da precisão dos “vínculos positivos ou negativos impostos aos poderes públicos pelas normas constitucionais e pelo sistema de garantias que asseguram uma taxa mais ou menos elevada de eficácia a tais vínculos [...]”. Em outras palavras:

⁵² ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* Teoria Geral do Direito. Florianópolis: Habitus, 2003, p. 15-20.

⁵³ FERRAJOLI, *Derechos y Garantías – La ley del más débil*, 2006, p. 25. (Tradução nossa). “[...] el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos [...]”.

[...] os vínculos no Estado Democrático de Direito, de viés garantista, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecível...]⁵⁴.

A proposição de Ferrajoli⁵⁵ é para que se compreenda a palavra “garantismo” em três acepções, as quais, apesar de diversas, são conexas entre si e passíveis de serem estendidas a todos os campos do ordenamento jurídico. Primeiramente, *garantismo* designa um *modelo normativo de direito*. Em segundo lugar, designa uma teoria jurídica da *validade*, da *efetividade* e da *vigência* das normas. A terceira acepção de garantismo denomina uma *filosofia política*.

Assim, o garantismo como *modelo normativo de direito*, em relação ao direito penal, diz respeito à estrita legalidade e que se caracteriza, num plano epistemológico, como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; num plano político, como uma técnica para minimizar a violência e maximizar a liberdade; num plano jurídico, como um sistema de vínculos que se impõe à função punitiva do Estado para garantir os direitos do cidadão⁵⁶. Dessa forma, essa acepção permite analisar eventuais contradições entre as normas inferiores e os princípios constitucionais, podendo-se concluir sobre o grau de garantismo do sistema ou, em outras palavras, sobre a efetividade da norma constitucional.⁵⁷

Por outro lado, num segundo significado, garantismo designaria uma teoria jurídica da *validade*, da *efetividade* e da *vigência das normas*,⁵⁸ como categorias distintas entre si. Isso significa, no direito, uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” do “dever ser”, ou seja, a divergência existente entre modelos normativos (com tendências garantistas) e práticas operacionais (com tendências anti-

⁵⁴ ROSA, *O que é garantismo jurídico?* Teoria Geral do Direito, 2003, p. 21.

⁵⁵ FERRAJOLLI, *Direito e Razão*- Teoria do garantismo penal, 2002, p. 683-685.

⁵⁶ FERRAJOLLI, *Direito e Razão*- Teoria do garantismo penal, 2002, p. 683-684.

⁵⁷ CADEMARTORI, *Estado de Direito e Legitimidade* – uma abordagem garantista, 2007, p. 97.

⁵⁸ Rosa sugere que, para se compreender a (re) leitura sobre os critérios de *validade*, *vigência* e *eficácia* das normas jurídicas, proposta por Ferrajoli, consulte-se a obra *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, uma vez que a teoria do Direito, proposta por Kelsen, representou um “verdadeiro divisor de águas na filosofia do direito”. Kelsen construiu uma teoria formal desvinculada do mundo da vida, rompendo com o paradigma jusnaturalista. ROSA, *O que é garantismo jurídico?* Teoria Geral do Direito, 2003, p. 42-47.

garantistas)⁵⁹. Por fim, o terceiro significado de garantismo é a designação de uma *filosofia política*. Nesse sentido, o garantismo pressupõe a “doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo, entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ do direito.”⁶⁰

Relevante é a compreensão da segunda acepção do garantismo, no que diz respeito à conceituação e (re) definição de *validade*, *vigência* e *eficácia*. A (re) definição garantista é explicada por Cademartori⁶¹ no sentido de que uma norma é *vigente*, ou de validade meramente formal, quando proveniente do legislador ordinário em conformidade com os procedimentos constantes em normas superiores, ou seja, quando é decorrente de um processo legislativo previsto na Constituição Federal. O termo *validade* está vinculado à validade também substancial dos atos normativos inferiores, ou seja, quando analisada no contexto constitucional, deve se apresentar *materialmente válida*.

Assim, pode-se concluir que *vigente* é aquela norma emanada ou promulgada por quem é competente, com ausência de vícios formais; é *válida* quando não for eivada de vícios materiais, não contradizendo a norma que lhe é superior hierarquicamente; é *eficaz* quando é aplicada ou quando é observada pelos seus destinatários e, por fim, é *justa*, quando responde, positivamente, a critério extrajurídico de valoração ético-político.

E é nesse sentido que o critério de validade garantista ocorre na esfera de um ordenamento jurídico em constante mutação, decorrente de uma sociedade complexa, somado, ainda, a um constante aparecimento de normas jurídicas provenientes de organismos internacionais. As normas não se apresentam com sentido absoluto, mas variam temporalmente, ou seja, a norma jurídica é influenciada por outros fatores, que não somente a vontade do poder legislativo, tais como os sociológicos, antropológicos e axiológicos.⁶²

Estudada, então, a concepção de garantismo e, especificamente, no que consiste a teoria geral garantista, constata-se a sua indiscutível vinculação com o respeito à dignidade da pessoa humana e aos seus direitos fundamentais e, especialmente, com a busca pela democracia material. Os direitos fundamentais, além de positivados e respeitados,

⁵⁹ FERRAJOLLI, *Direito e Razão*- Teoria do garantismo penal, 2002, p. 684-685.

⁶⁰ FERRAJOLLI, *Direito e Razão*- Teoria do garantismo penal, 2002, p. 685.

⁶¹ CADEMARTORI, *Estado de Direito e Legitimidade* – uma abordagem garantista, 2007, p. 99-102.

⁶² ROSA, *O que é garantismo jurídico?* Teoria geral do Direito, 2003, p. 50-51.

devem ser efetivados e garantidos a todos, assegurando que a função do Direito possa passar do mero formalismo à transformação real e efetiva do *status quo* da sociedade. É disso que, na sequência, tratar-se-á.

1.1.2 Garantismo, tutela dos direitos fundamentais e a democracia substancial ou social

A teoria geral do garantismo está edificada no respeito à dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais. A legitimação do Estado Democrático de Direito deve ir além da mera democracia formal, buscando a democracia material. Os direitos fundamentais dos indivíduos devem ser respeitados, garantidos e efetivados. Dessa forma, a limitação do poder estatal não deve estar restrita ao poder executivo, mas atingir o poder legislativo que não poderá se afastar do que está contido materialmente na Constituição.⁶³

Entretanto, não se deve perder de vista, conforme Sarlet⁶⁴, a circunstância de que a positivação dos direitos fundamentais é produto de uma dialética constante entre o desenvolvimento progressivo das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a gradativa afirmação, no terreno ideológico, das ideias de liberdade e dignidade humana.

Ferrajoli⁶⁵ afirma que Estado de Direito seria (em um de seus sentidos) sinônimo de “garantismo” e não designaria apenas um “Estado legal” ou regulado pelas leis, mas um modelo de Estado nascido com as modernas constituições. Para Lafer⁶⁶, o direito contemporâneo já não apresenta a mesma concepção da dogmática jurídica tradicional. O direito positivo deixou de ser apenas um instrumento de controle social, com funções predominantemente protetivas e preservadoras da ordem, mas transforou-se num instrumento de direção social. Não se ocupa apenas em proibir ou permitir comportamentos. É um direito que não pode se restringir ao tema da validade formal, mas requer a consideração do princípio da efetividade. Assim:

⁶³ ROSA, *O que é garantismo jurídico?* Teoria geral do Direito, 2003, p. 19-23.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37.

⁶⁵ FERRAJOLI, *Direito e Razão* – Teoria do garantismo penal, 2002, p. 687-688.

⁶⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos* – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 7.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 59.

Os direitos fundamentais configuram-se como outros tantos vínculos substanciais impostos para a democracia política: vínculos negativos, gerados pelos *derechos de libertad* que nenhuma maioria pode violar; vínculos positivos, gerados pelos *derechos sociales*, que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer. E a democracia política, como o mercado, se identifica com a *esfera do decidível*, delimitada e vinculada por aqueles direitos. Nenhuma maioria, nem sequer por unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito *de libertad* ou não decidir a satisfação de um direito *social*. Os direitos fundamentais, precisamente porque estão igualmente garantidos para todos e subtraídos da disponibilidade do mercado e da política, formam a *esfera do indecível* [...]⁶⁷

Nesse contexto, Rosa⁶⁸ enfatiza que não basta a mera declaração de direitos, se não existirem simultaneamente mecanismos idôneos e capazes de efetivar os direitos na sua maior extensão. Não basta a existência de Declarações de direitos, necessário é concretizá-los para que “não se tornem vazias as promessas, dissolvidas nos percalços do mundo da vida”.

Assim, a falta de perspectivas, de melhoramentos importantes, formalmente declarados, como apontou Rosa, é fator inquietante, não somente pelo sofrimento humano, mas também pela possível tentação de gerar soluções imediatistas que significam retrocesso em conquistas já feitas. Por isso Carvalho⁶⁹ enfatiza o quão é importante refletir sobre o problema de cidadania, seu significado, sua evolução histórica e perspectivas, a qual inclui as mais variadas dimensões.

⁶⁷ FERRAJOLI, *Derechos y Garantías* – La ley Del más débil, 2006, p. 23-24. (Tradução nossa). “Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los *derechos sociales* que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada e vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legitimamente decidir la violación de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible* [...]”

⁶⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 33-34.

⁶⁹ CARVALHO, *Cidadania no Brasil* - o longo caminho, 2011, p. 8.

Ferrajoli⁷⁰ sustenta ainda que o Estado moderno nasceu historicamente como Estado de Direito, bem antes de ser Estado Democrático. A Constituição contém regras que servem para caracterizar o ordenamento como Estado “Democrático” e como Estado de “Direito”. Em um sentido não formal e político, mas substancial e social de “democracia”, o Estado de Direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos. Neste sentido o garantismo, como limitação dos poderes públicos, almeja que as garantias sejam liberais ou sociais, expressem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integradas.

Streck⁷¹ é categórico ao afirmar que, historicamente, não é segredo nenhum que o direito tem servido muito mais para “sonegar direitos do cidadão” do que para salvaguardá-los e isso pode ser confirmado se o olhar for lançado ao sistema prisional, às favelas, aos índices de mortalidade e impunidades. A simples elaboração de um texto constitucional não é suficiente, por melhor que seja, para que a sua idealização se insira efetivamente nas estruturas sociais.

A cadeia principiológica constitucionalizada, ao determinar regras normativas sobre a produção legal, não o fez apenas em relação às suas condições formais, mas, especialmente, em relação ao seu conteúdo, ou seja, aos vínculos substanciais.⁷² Daí a importância da sua materialização.

Justamente por isto é que o exercício de certos direitos, como a liberdade de pensamento e o voto, não geram automaticamente o gozo de outros, como o emprego, a segurança, a educação. O exercício do voto não irá garantir a existência de governos atentos aos problemas básicos e elementares da população, significando dizer que a liberdade e a participação não conduzem automaticamente (ou em pouco tempo) à solução de problemas sociais e, por iso, uma cidadania com a qual se conjugue liberdade, participação e igualdade para todos é um ideal a se buscar.⁷³

⁷⁰ FERRAJOLI, *Direito e Razão – Teoria do Garantismo penal*, 2002, p. 689-693.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica Jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 55-56.

⁷² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 22.

⁷³ CARVALHO, *Cidadania no Brasil - o longo caminho*, 2011, p. 8-9.

E é nesse pensar que Cademartori⁷⁴ enfatiza que, em oposição à dimensão formal da democracia, tendo como base a regra da maioria, os direitos fundamentais apontam para um aspecto substancial dos regimes democráticos, como mecanismos de promoção de igualdade e dignidade, ou seja, em seu aspecto formal a democracia aponta para o poder majoritário como titular das decisões. Entretanto, a maioria democrática nem sobre tudo pode decidir.

Com a operacionalidade possível da democracia substancial, introduz-se no Estado Democrático de Direito a esfera do *decidível* e do *não-decidível*, por maioria ou por unanimidade. Os direitos fundamentais se encontram exatamente nessa esfera do *não-decidível* (ou *indecidível*) e isso se constitui em um verdadeiro marco divisório impeditivo do avanço do legislativo.⁷⁵ A distinção entre condições formais e substanciais (ou legitimidade formal e legitimidade substancial) determinam as regras sobre o *que se deve* ou *não se deve* decidir.⁷⁶

Então, o garantismo “redefine” o conceito de democracia, ou seja, denomina de democracia substancial ou social o Estado de Direito munido de garantias, tanto liberais quanto sociais; já a democracia formal ou política é o “estado político representativo”, baseado no princípio da maioria. Assim, a democracia social e o Estado Social de Direito, na percepção garantista, designam, ao mesmo tempo, um *estado liberal mínimo*, ou seja, minimização das restrições das liberdades dos cidadãos e *estado social máximo*, com a maximização das expectativas sociais e dos deveres do Estado em satisfazê-los.⁷⁷

Por isso a concepção clara de que nessa delimitação existem vedações legais e obrigações aos poderes do Estado. Significa dizer que de um lado existem as vedações legais de suprimir ou limitar, por exemplo, a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, da correspondência, a liberdade de opinião, de circulação, os direitos de livre associação. Por outro lado, existe a obrigação de remover as desigualdades sociais, de promover as condições para a efetivação do

⁷⁴ CADEMARTORI, *Estado de Direito e legitimidade* – uma abordagem garantista, 2007, p. 41,42.

⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 87.

⁷⁶ FERRAJOLI, *Direito e Razão* – teoria do garantismo penal, 2002, p. 688-689.

⁷⁷ CADEMARTORI, *Estado de Direito e legitimidade* – uma abordagem garantista, 2007, p. 211-212.

direito ao trabalho, assegurar a saúde, a educação, proteger as minorias.⁷⁸

O garantismo jurídico consiste, assim, na tutela de todos os direitos fundamentais, das liberdades e dos direitos sociais, formando a base da democracia *material*, consistindo em todos os direitos subjetivos que devem alcançar todos os seres humanos. Quando se fala em *garantismo* ou em *garantias*, o que se quer falar é na defesa e na efetividade desses direitos e liberdades, como se vislumbrou nos tópicos anteriores.

1.1.3 O Estado Democrático de Direito, a instrumentalidade garantista e o direito penal

Em momento anterior observou-se que a democracia como onipotência da maioria, na concepção ferrajoliana⁷⁹, é abertamente inconstitucional, uma vez que a Constituição é justamente um sistema de limites e de vínculos a todo poder. Essa concepção tem uma conotação absolutista e que se coaduna com àquela hoje dominante do liberalismo. Até bem poucos anos, *democracia liberal* era um termo nobre que designava um sistema democrático, informado pela tutela das liberdades individuais, pelo respeito aos diferentes e às minorias, pela defesa do Estado de direito e pela divisão de poderes, assim como pela rígida divisão entre a esfera pública do Estado e a esfera privada do mercado. Então, como se pode ver, o exato oposto do absolutismo. Entretanto, afirma Ferrajoli, no uso que tem penetrado na linguagem corrente, “democracia liberal” tem significado ausência de limites, tanto na liberdade de mercado, quanto aos poderes da maioria. Em consequência sustenta o absolutismo da política e do mercado, a onipotência da maioria, a ausência de limites, a liberdade de empresa e o descaso com as regras e controles, tanto na esfera pública quanto na econômica.⁸⁰

Ora, o que ocorre, afirma Streck⁸¹, é que se está diante de um “sério problema”, ou seja, se tem de um lado uma sociedade carente de realizações de direitos e, por outro lado, uma Constituição Federal que garante tais direitos da maneira mais ampla possível. É esse o paradoxo que se busca superar.

⁷⁸ FERRAJOLI, *Direito e Razão* – teoria do garantismo penal, 2002, p. 689.

⁷⁹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 26-27.

⁸⁰ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 27.

⁸¹ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e (em) crise*, 2009, p. 35.

Por sua vez, a essência do constitucionalismo e do garantismo, ou seja, daquilo que é chamado de *democracia constitucional* reside no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder. Postula uma concepção de democracia como um sistema frágil e complexo de separação e equilíbrio entre os poderes, de limites de forma e conteúdo, de garantias de direitos fundamentais, de técnicas de controle e reparação contra suas violações. Trata-se de um sistema em que as regras da maioria e do mercado têm valor apenas para o que se chama de esfera do discricional, condicionada pela esfera do que está limitado e que são os direitos fundamentais, ou seja: os direitos de liberdade, os quais nenhuma maioria pode violar e os direitos sociais, que toda maioria está obrigada a satisfazer, como é o caso do direito à educação, à saúde, à subsistência. Essa é a substância da democracia constitucional.⁸²

A teoria garantista tem como proposta negar os princípios do positivismo dogmático que sejam meramente contemplativos dos ordenamentos jurídicos, incapazes de responder às demandas atuais complexas e, em alguns casos, marginalizadas.⁸³

No modelo garantista, Streck⁸⁴ enfatiza que o juiz e a Constituição devem ter uma relação de intimidade: direta, imediata e completa. Há, nesse contexto, um nível de cumplicidade que os atrai. Na medida em que se dá positividade constitucional aos direitos fundamentais da pessoa humana, estabelece-se um sistema de garantias com o objetivo de preservá-los. O juiz, então, passa a ser o garantidor desse sistema. Não pode, portanto, o julgador, em face de violações ou de ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, permanecer num estado de inércia, ou permitir que o legislador infraconstitucional se interponha indevidamente entre ele e a Constituição.

Por essas razões o garantismo designa um modelo de direito voltado a garantir direitos subjetivos. Dependendo do direito para cujas proteções se estabelecem as garantias é que surgem os seus diversos significados. No entanto, como apontado em momento anterior, é como *garantismo penal* voltado à defesa dos direitos de liberdade, especialmente da liberdade pessoal, que se desenvolveu como teoria e como prática jurídica, em oposição à violação de princípios constitucionais e contra o arbítrio punitivo.

⁸² FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 27.

⁸³ CARVALHO; CARVALHO. *Aplicação da pena e garantismo*, 2004, p. 23.

⁸⁴ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e (em) crise*, 2004, p. 70.

Assim sendo, Ferrajoli⁸⁵ defende três teses, a saber: a primeira é que existe um nexo indissolúvel entre garantias e justificação externa ou política do direito penal, ou seja, os fins que o justificam. A segunda é que existe um nexo, também indissolúvel, entre garantia e legitimação interna da jurisdição. A terceira tese é que o garantismo representa a base de uma teoria crítica e ao mesmo tempo de uma filosofia política do direito penal. Ambas são idôneas para ser generalizadas como filosofia política e teoria crítica do Estado constitucional de direito.

Compreendendo melhor as três teses desenvolvidas por Ferrajoli⁸⁶, tem-se que a primeira delas está voltada aos fins do direito penal, pois se orienta a regular e minimizar a violência punitiva. O único fundamento racional que se pode oferecer do direito penal como alternativa às hipóteses abolicionistas é que permite reduzir ou minimizar a quantidade e a qualidade da violência na sociedade, não apenas aquela dos delitos, mas a violência da reação aos delitos. Todas as doutrinas de justificação da pena, desde as absolutas ou retribucionistas até as relativas ou utilitaristas, têm um traço em comum: oferecem uma justificação *a priori*, não deste ou daquele direito penal concreto ou desta ou daquela particular instituição, senão do direito penal e da pena em abstrato, qualquer que seja o seu conteúdo e, por isso, o seu caráter ideológico. Ao contrário, o paradigma de justificação oferecido pelo garantismo só permite fundar justificação *a posteriori*, ou seja, um determinado direito penal justifica-se somente se, e na medida em que, se satisfaçam efetivamente as garantias de que está dotado e que o diferenciam dos demais sistemas de controle não penal.

Assim, a justificação do direito penal, fundada neste paradigma, ou seja, a resposta à clássica pergunta “se e por que castigar”, depende da existência e da efetividade do conjunto das garantias penais e processuais e que equivalem, por sua vez, a tantas outras perguntas e respostas mais específicas, tais como: “quando e como proibir”, “quando e como castigar”, “quando e como julgar”. Esse paradigma vale não somente como fonte de justificação, mas também de deslegitimação e de crítica.⁸⁷

A segunda tese refere-se ao nexo indissolúvel entre garantias e legitimação, tanto interna ou jurídica, quanto externa e política, do poder judicial. A pergunta a ser respondida para a segunda tese é qual seria o fundamento democrático da legitimação do poder punitivo, ou seja, da

⁸⁵ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 192-193.

⁸⁶ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 193-195.

⁸⁷ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 193-195.

jurisdição penal? Para a opinião comum, e também para o poder político dominante, “democracia” equivale à prevalência da vontade popular, portanto da maioria, sendo evidente que é no direito penal onde mais se manifestam os limites desta dimensão puramente *política* da democracia e ficaria excluída toda a possibilidade de fundar uma axiologia democrática e garantista do direito penal.⁸⁸

Ferrajoli⁸⁹ afirma, assim, que um direito penal democrático, em tal sentido, orientaria-se inevitavelmente a desempenhar formas de direito penal máximo, ou seja, maximamente repressivo, carente de limites e de garantias. Isso ocorreria por dois motivos: o primeiro é que do ponto de vista da maioria a tendência é conceber o direito penal essencialmente como um instrumento de defesa social⁹⁰, ou seja, da prevenção dos delitos e, portanto, da defesa do interesse da maioria não desviada contra os atentados causados pela minoria dos desviados. O segundo motivo é que a “desviação” resulta sempre na movimentação da maioria que se vê a si mesma como “não desviada”, contra a minoria dos desviados, que são vistos como diferentes e fontes de perigo.

E com a exploração do medo e da insegurança⁹¹ é que se adota o discurso de reformas radicais da legislação penal e da política criminal pelo viés do terror e, concomitantemente, desprezam-se conquistas históricas que dizem respeito aos direitos e garantias individuais e coletivas, considerados empecilhos na luta da “sociedade de bem”.⁹²

Tudo isso significa dizer que entre garantismo penal e democracia política, entre segurança e liberdade, entre defesa social e direitos do imputado, existe uma antinomia. A legitimação do poder judicial, em outras palavras, não é democrática, se por democracia se entende unicamente vontade da maioria. Por isso, conclui Ferrajoli, é que “[...] a batalha pelo garantismo penal, tem escrito Norberto Bobbio, sempre tem sido uma ‘batalha da minoria’”.⁹³

Entretanto, existe também uma segunda dimensão de ‘democracia’, não contrária, mas complementar da *democracia política*,

⁸⁸ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 196.

⁸⁹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 196.

⁹⁰ Ressalta Ferrajoli que a idéia de defesa social, afirmada há mais de um século por Francesco Carrara, tem como resultado inevitável o terrorismo penal. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 196.

⁹¹ No segundo capítulo este tema será explorado, quando se tratará sobre criminologia crítica e sobre o expansionismo do direito penal.

⁹² ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático* – crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19.

⁹³ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 196.

a qual permite compreender os *fundamentos axiológicos* e, ao mesmo tempo, os limites do direito penal e da pena. Essa dimensão possibilita entender a democracia como *democracia constitucional* ou de *direito* e que faz referência não a quem pode decidir (nesse caso, a maioria), senão quantos são os que não podem decidirem sequer por unanimidade. As garantias incorporadas nas constituições configuram-se não apenas como fontes de justificação externa ou política da existência do direito penal, mas também como fontes de legitimação jurídica e política das concretas decisões penais. O fundamento da legitimidade substancial da jurisdição não é o consenso da maioria, mas a verdade de suas decisões que vêm asseguradas pelas garantias penais e pelas garantias processuais. Assim, não se pode absolver ou condenar um homem para atender à vontade da maioria.⁹⁴

Por fim, a terceira tese apontada⁹⁵ diz respeito ao garantismo como *filosofia política* e como *teoria crítica do direito*. O garantismo é, nessa concepção, uma doutrina filosófica-jurídica de justificação do direito penal e uma teoria jurídico-normativo das garantias penais e processuais. Como *filosofia política*, o garantismo é uma doutrina normativa sobre o dever ser do direito penal desde um ponto de vista axiológico externo. Considera tanto a minimização dos delitos quanto das penas. E, ainda, os modelos normativos do direito penal como lei do mais débil, quer dizer, como sistema de garantias para a tutela dos direitos de todos, tanto daqueles que sofrem os delitos, quanto daqueles que sofrem o processo e as penas. Como *teoria jurídica*, o garantismo é, ao contrário, uma teoria empírica e ao mesmo tempo normativa sobre o dever ser do direito penal desde um ponto de vista jurídico interno, dos princípios de justiça incorporados nos ordenamentos, especialmente nas constituições.

Todos os direitos fundamentais podem ser concebidos como leis do mais débil, como técnicas de tutela dos bens primários de todos, somente na presença dos quais se justifica esse artifício que é o direito positivo. Nesse sentido:

⁹⁴ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 197-198.

⁹⁵ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 198-199.

O garantismo é sinônimo de ‘Estado constitucional de direito’, ou seja, de um sistema que reconhece o paradigma clássico do Estado liberal, estendendo-o em duas direções: de um lado, a todos os poderes, não somente ao judicial senão também ao legislativo e ao executivo, e não somente aos poderes públicos senão também aos privados; de outro lado, a todos os direitos, não somente aos de liberdade senão também aos sociais, com o conseqüente surgimento de obrigações, além das proibições, para a esfera pública.⁹⁶

Ao tratar sobre as razões do garantismo, Carvalho⁹⁷ afirma que, atualmente, o discurso garantista propõe um saber alternativo ao *neobarbarismo defensivo* capitaneado pelos movimentos *hipercriminalizadores* e pelas ideologias de *defesa social*. Dessa forma, o discurso garantista apresenta-se como um saber crítico e questionador, como instrumento de defesa radical dos direitos humanos e da democracia contra todas as deformações do direito e do Estado contemporâneo e, sobretudo, porque a *práxis* jurídica deverá ter como norte a tutela dos direitos fundamentais.

Retornando ao âmbito do direito penal, importante o alerta de Ferrajoli⁹⁸ quando afirma que há vinte anos se vive uma legislação de emergência, de inflação penal⁹⁹ e de progressivo decaimento do sistema de garantias, produzindo a perda da legitimação da justiça penal, a qual é apenas acobertada por uma legitimação falseada, proveniente do senso popular frente às grandes investigações. Há necessidade de uma reformulação de todo o direito penal e isso deve ocorrer tanto no sistema dos delitos como no sistema das penas, com um período de reformas capazes de refundar sobre bases racionais e garantistas o direito penal.

⁹⁶ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 199. (Tradução nossa). “El garantismo es sinónimo de “Estado constitucional de derecho”, o sea, de un sistema que recoge el paradigma clásico del Estado liberal, extendiéndolo en dos direcciones: de un lado, a todos los poderes, no sólo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo, y no solo a los poderes público sino también a los privados; de otro lado, a todos los derechos, no solo a los de libertad sino también a los sociales con el consiguiente surgimiento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública.”

⁹⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo Penal Aplicado*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003, p. 81,90.

⁹⁸ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 201-202.

⁹⁹ O tema envolvendo o expansionismo do sistema penal e a legislação penal de emergência constará em tópico próprio, no item 2.3, do segundo capítulo deste trabalho.

Por isso a indagação sobre qual é a justiça penal desejada, ante a quebra dos valores assumidos pelo sistema e o emprego de mecanismos repressivos e com forte apelo simbólico e promocional, na onda do discurso do restabelecimento da ordem e da manutenção da segurança, ou seja, ao legislar sobre a base da emergência, o que se pode esperar do aparelho repressivo e em que medida poderá ele cumprir a promessa de equilíbrio.¹⁰⁰

O cárcere, fora da especulação dos grandes processos e da enorme quantidade de sujeitos envolvidos com a justiça penal, segue sendo um instrumento de controle e de repressão social reservado aos sujeitos marginalizados. Como exemplos, os destinatários principais e crescentes são os dependentes de tóxicos¹⁰¹, os emigrantes e os jovens subproletariados. Situação essa decorrente do aumento de desemprego, da pobreza e, simultaneamente, da crise do Estado social e de suas prestações assistenciais, bem como das crescentes pressões repressivas que animam a opinião pública, mobilizando-as contra os sujeitos débeis e diferentes. Interessante destacar que contra eles a justiça penal é extraordinariamente rápida e eficiente. Isso tem resultado numa desproporção enorme entre a carga de sofrimentos ocasionados pelo cárcere e a pouca relevância social dos delitos castigados, com detenções preventivas.¹⁰²

A ordem social desigual é, portanto, assegurada pela seletividade do sistema de justiça criminal, tanto nos níveis de definição legal, quanto nos níveis de aplicação judicial e de execução penal.¹⁰³ O que ocorre, pois, é que a criminalização é desigual ou seletivamente distribuída pelo sistema, ou seja, os pobres não têm uma maior tendência a delinquir, mas sim a serem criminalizados.¹⁰⁴

Reforçando o tema acima, ao fazer referência ao cárcere, Ferrajoli¹⁰⁵ é contundente em afirmar que se trata de uma instituição *iliberal, desigual, atípica* e, ao menos em parte, é extralegal e

¹⁰⁰ CHOUKR. Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 51.

¹⁰¹ Tema estudado no segundo e no terceiro capítulos desta pesquisa e que está diretamente vinculado ao cárcere feminino.

¹⁰² FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 201-202.

¹⁰³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Criminologia e política criminal. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coordenador). *A criminologia do Século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113.

¹⁰⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica - do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 265.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 204-205.

extrajudicial, penosa, inutilmente aflitiva e lesiva à dignidade da pessoa. Trata-se de uma instituição cada vez mais pobre de sentido.

Enquanto espera-se por um longo tempo no qual se busca a abolição da pena detentiva, a um curto prazo, faz-se necessária a sua drástica redução, bem como a redução das possibilidades de sua aplicação. A redução quantitativa da duração das penas significa a supressão da prisão perpétua e uma drástica redução nos limites máximos e que não deveria superar os quinze anos, como ocorre na Dinamarca e na Alemanha.¹⁰⁶

Em relação às garantias penais e processuais e especificamente sobre os princípios e modelos de direito penal, os dez princípios propostos por Ferrajoli¹⁰⁷ definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal e, conforme observa o próprio autor, definem “[...] as regras do jogo fundamental do Direito Penal [...]” e foram elaboradas, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII.

Os axiomas garantistas não expressam proposições assertivas, mas prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deve ocorrer; não enunciam as condições nas quais um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deve satisfazer. Os princípios estão ligados entre si e os termos empregados na formulação são onze¹⁰⁸.

Cada um desses princípios (cada axioma) de que se compõe todo o moderno direito penal enuncia uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena e que, necessariamente deve passar por uma leitura constitucional.¹⁰⁹ É exatamente por isso que quando se questiona¹¹⁰ por

¹⁰⁶ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 204-205.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, *Direito e Razão* - Teoria do garantismo penal, 2002, p. 74-76.

¹⁰⁸ Pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. FERRAJOLI, *Direito e Razão* - Teoria do garantismo penal, 2002, p. 73.

¹⁰⁹ O axioma *nulla poena sine crimine* diz respeito ao do princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; *nullum crimen sine lege* refere-se ao princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; *nulla lex (poenalis) sine necessitate* diz respeito ao princípio da necessidade ou da economia do direito penal; *nulla necessitas sine injuria* é o princípio da lesividade ou da ofensividade do fato; *nulla injuria sine actione* refere-se ao princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; *nulla actio sine culpa* é o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; *nulla culpa sine iudicio* significa a jurisdicionariedade, no sentido lato ou no sentido estrito; *nullum iudicium sine accusatione* é o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; *nulla accusatio sine probatione* é o princípio do ônus da prova ou da verificação; e, por fim, a *nulla probatio sine defensione* significa o princípio do contraditório, da defesa ou da falseabilidade. FERRAJOLI, *Direito e Razão* - Teoria do garantismo penal, 2002, p. 74-76.

¹¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal* - fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1-2.

que a necessidade de se provar o direito através de um processo ou por que somente é possível a imposição da pena com a existência do processo a resposta passa, hodiernamente, por uma interpretação constitucional do processo penal. Se, outrora, o grande conflito dava-se entre o direito positivo e o direito natural, hodiernamente, com a recepção dos direitos naturais pelas modernas constituições democráticas, o desafio está em dar eficácia a esses direitos fundamentais.

Convém, por fim, após as considerações expostas, destacar que o garantismo jurídico, com seus contornos próprios (enquanto teoria jurídica e nas suas diversas acepções: seja como modelo normativo de direito; seja como teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas e, ainda, como filosofia do direito), leva a concluir pela sua indiscutível vinculação com o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. Por isso, compreender a temática que envolve a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais é a proposição dos tópicos que seguem.

1.2 DIREITOS HUMANOS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Partindo das considerações já tecidas envolvendo o garantismo jurídico busca-se, agora, compreender o caráter multidimensional que envolve a dignidade da pessoa humana. Trata-se de tema de fundamental relevância para que se possa, em momento oportuno, falar especificamente sobre os direitos humanos inerentes à mulher, em face do poder punitivo e sobre as condições e consequências decorrentes do aprisionamento feminino, proposta principal deste estudo. Onde não existir respeito pela integridade física e moral dos sujeitos privados da liberdade, não se pode falar em respeito pela dignidade humana.

À luz do que dispõe a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas, verifica-se que o elemento central da noção da dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido, conforme a matriz kantiana, na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa. Entretanto, essa liberdade é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta.¹¹¹

Disso decorre a intrínseca ligação entre as noções de liberdade e dignidade, já que o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 53-54.

e dos direitos fundamentais, de um modo geral, constituem uma das principais exigências da dignidade da pessoa humana.¹¹²

As raízes históricas do conceito de dignidade humana, de acordo com Kirste¹¹³, remontam à Antiguidade e, tanto teológica quanto filosoficamente, ele é multifacetado. Em sentido oposto, a história da respectiva instituição jurídica é relativamente recente¹¹⁴. Entretanto, foi depois da Segunda Guerra Mundial que o instituto da dignidade humana surgiu, triunfalmente, nos textos de Direito Internacional, nas Declarações de Direitos Humanos e nas Constituições dos mais diversos Estados.

A história jurídica curta, em contraste com a secular tradição filosófica e teológica do conceito, explica por que o discurso jurídico sobre o instituto da dignidade humana ainda não se afastou dos outros discursos a respeito. Ou seja, ainda há intensas discussões se haveria um fundamento filosófico ou teológico do conceito jurídico de dignidade humana e, existindo tal consenso, qual o que deveria se tornar o fundamento de sua compreensão jurídica, diz Kirste, apontando várias concepções que poderiam permear o conceito constitucional de dignidade humana.¹¹⁵

Historicamente, os direitos humanos nasceram para proteger a liberdade do homem em relação ao Estado. A afirmação é de Maurer¹¹⁶, ressaltando que os revolucionários, depois de Hobbes e de Locke,

¹¹² SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2010, p. 54.

¹¹³ KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. Tradução de Luís Marcos Sander. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 176.

¹¹⁴ De acordo com Kirste, ela inicia com a Constituição Alemã de Weimar, de 1919; com a Constituição Irlandesa, de 1937; na Constituição espanhola de Franco. KIRSTE, A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito, 2009, p. 176.

¹¹⁵ “Deveria o conceito constitucional de dignidade ser compreendido de uma forma moral-teológico, católica; de uma forma protestante, como ‘a comunicada dos filhos de Deus’ (*Gotteskindschafft*), humanista, nos termos de Pico della Mirandola, estética, como em Friedrich Schiller, de acordo com a doutrina dos filósofos iluministas Christian Woll ou Samuel Pufendorf, à luz do idealismo de Kant, Fichte ou Schelling, do socialismo de Karl Marx, Ferdinand Lassalle ou Ernest Bloch, de uma forma existencialista, como em Jean-Paul Sartre ou em Heidegger, com base na teoria do discurso de Jürgen Habermas, ou com base nos pressupostos da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann ou, finalmente, com base no arcabouço teórico do utilitarismo? [...]” In: KIRSTE, A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito, 2009, p. 178.

¹¹⁶ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 134-135.

fizeram da propriedade o fundamento da liberdade, ou seja, só é livre o proprietário.¹¹⁷

Na atualidade, os direitos humanos devem ser compreendidos de um modo diverso¹¹⁸. Enfatiza Streck¹¹⁹ que é necessário ter consciência de que os direitos humanos não formam um conjunto de regras e que seus conteúdos não são construídos de pronto. Há um caráter de historicidade que deve ser posto em evidência. Imprescindível frisar que nenhuma capacidade legitimamente humana e reconhecida como direito pode ser concebida como eterna ou sagrada, ou seja, cada uma ou todas elas pode perder-se, congelar-se, não ser cumprida, uma vez que expressam um compromisso político e uma determinada correlação de forças que os setores populares devem defender em cada momento¹²⁰.

Esse caráter de historicidade é realçado por Bobbio¹²¹, quando afirma que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

Entretanto, afirma Maurer¹²² (coadunando com o pensamento quase unânime da doutrina referenciada neste estudo), foi depois da Segunda Guerra Mundial que os direitos humanos se vincularam, de fato, à dignidade, à igualdade e esta associação resta evidenciada no artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹²³

¹¹⁷ Naquela época, não é a dignidade que funda a liberdade, mas a propriedade. A Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão ilustra perfeitamente, uma vez que a dignidade da pessoa humana não está prevista expressamente, mas o direito inviolável e sagrado é o da propriedade. MAURER, Notas sobre o respeito da dignidade humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central, 2009, p. 134.

¹¹⁸ Herrera Flores vislumbra uma nova proposta, alertando que o contexto é novo e se faz necessária uma nova perspectiva, armando-se de ideias e conceitos que permitam avançar na luta pela dignidade humana, na qual os direitos humanos devem transformar-se na forma “sobre a qual se construirá um novo conceito de justiça e de equidade, que leve em consideração a realidade da exclusão de quase 80% da humanidade dos ‘benefícios’ dessa nova ordem global”. FLORES, Joaquin Herrera. *A (re) invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 71-74.

¹¹⁹ STRECK; MORAIS, *Ciência Política e Teoria do Estado*, 2006, p. 144-145.

¹²⁰ GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social*. Bogotá/Colômbia: Ediciones Desde Abajo, 2006, p. 97.

¹²¹ BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 7.

¹²² MAURER, Notas sobre o respeito da dignidade humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. 2009, p. 137.

¹²³ Preconiza o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direito. São dotados de razão e de consciência e devem agir, uns para com os outros, num espírito de fraternidade.”

Já para Galtung¹²⁴, o desenvolvimento e os conceitos de direitos humanos “[...] têm as suas raízes *na*, e são reflexos *da* história ocidental [...]”, ou seja, o Ocidente tem tendência para assumir a história ocidental (ou história universal), uma vez que, tanto em relação aos conceitos de direitos humanos, quanto de desenvolvimento “[...] são abstraídos da história ocidental, universalizados e exportados para o resto do mundo sob o disfarce de ‘modernização’ [...]”¹²⁵.

No mesmo sentido, Santos¹²⁶ concorda com Galtung, ao afirmar que a questão da universalidade faz parte da cultura ocidental e que ao se observar a história dos direitos humanos no período que se seguiu à Segunda Guerra, não é difícil concluir que a política de direitos humanos foi decorrente de interesses econômicos e geopolíticos, mas que, por outro lado, em todo o mundo, há milhões de pessoas e milhares de ONGs que têm lutado pelos direitos humanos em defesa de classes sociais e grupos oprimidos. Gradualmente, foram se desenvolvendo discursos e práticas contra-hegemônicas, organizando diálogos interculturais de direitos humanos.

Tais práticas, voltadas à defesa das minorias, vêm de encontro ao pensamento de Arendt¹²⁷, quando afirma que por meio do discurso e da ação os homens podem distinguir a si próprios, ao invés de permanecerem apenas distintos, ou seja, uma vida sem discurso e sem ação é literalmente morta para o mundo. Através das palavras e atos é que ocorre a inserção no mundo humano e o novo sempre acontece em oposição às probabilidades e possibilidades estatísticas que equivalem a certezas. Então, essa capacidade do homem agir significa que se pode esperar dele o inesperado, ou seja, “[...] que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável. E isso, mais uma vez, só é possível porque cada homem é único, de sorte que a cada nascimento, vem ao mundo algo singularmente novo.”

E é no pensamento de Kant¹²⁸ que a concepção de dignidade da pessoa humana encontra seu fundamento, mais especificamente em relação à ação humana e aos problemas morais nela envolvidos. Então, nessa concepção, o homem é um ser ativo e criador, capaz de sentir-se

¹²⁴ GALUNG, Johan. *Direitos Humanos – uma nova perspectiva*. Tradução de Margarida Fernandes. São Paulo: Instituto Piaget, 1994, p. 171.

¹²⁵ GALUNG, *Direitos Humanos – uma nova perspectiva*, 1994, p. 171.

¹²⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. Revista Lua Nova nº39, 1997, p. 112-113.

¹²⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 220-223.

¹²⁸ A concepção kantiana de dignidade humana será tratada na sequência, em tópico específico, considerando sua relevância no contexto deste trabalho.

responsável pelas suas próprias condutas, com consciência de seus deveres, ou seja, é capaz de conduzir-se. E é nesse sentido que para Kant¹²⁹ o homem (e de uma forma geral todo o ser racional) “[...] existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” [...], ou seja:

Os seres cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios e por isso denominam-se *coisas*, ao passo que os seres racionais denominam-se *peçoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos. [...] O imperativo prático será, pois, o seguinte: *age te tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua peçoas, como na peçoas de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.* (grifos do autor).

Martins¹³⁰, ao reportar-se à concepção Kantiana de dignidade, reforça a ideia de que em Kant a dignidade, diferentemente das coisas que têm preço e que podem ser substituídas por outras equivalentes, constitui um valor interno da pessoa humana e que é superior a qualquer preço, não admitindo substituto equivalente.

No contexto brasileiro, não é por acaso que a dignidade humana recebeu traço de princípio fundamental da República Federativa do Brasil¹³¹. Tal princípio impõe respeito aos direitos humanos, no qual se insere a mulher encarcerada, limitando o poder estatal, utilizando meios que respeitem o ser humano e não flagrantes violações aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

O pensamento de Franco¹³² é no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a viga mestra de todo o arcabouço jurídico e que se constitui num fio condutor que faz a amarração de todas as normas constitucionais. Um direito constitucional

¹²⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 58-59.

¹³⁰ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana – Princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 28-29.

¹³¹ Art.1º da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana [...]”

¹³² FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 49-50.

emancipatório e principiológico é um direito do homem, do cidadão e da dignidade da pessoa humana. Esse direito constitucional põe a dignidade da pessoa humana em lugar exterior ao debate político, onde a política deve servir à dignidade da pessoa humana. Já o direito constitucional do *status quo*, dogmatista, positivista, mero instrumento de atuação estatal, é aquele centrado na figura do Estado, dele dependente como a criatura servindo ao criador, satisfazendo os interesses conjunturais, deixando a dignidade da pessoa humana à mercê dos humores políticos contingentes. Trata-se de posturas distintas e que pertencem a histórias jurídicas apartadas.¹³³

Hodiernamente, há um novo olhar, um novo panorama, uma nova geração, voltada ao estudo e à compreensão de temas envolvendo a dogmática constitucional e que contribuem para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Entretanto, *na práxis*, isso nem sempre ocorre e, quando ocorre, é de maneira desigual. Para tanto, é necessário compreender o significado, o conteúdo, bem como as transformações da noção da dignidade da pessoa no decorrer da história.

1.2.1 Dignidade da pessoa humana: seu significado, antecedentes e transformações

No mundo contemporâneo ainda persistem situações econômicas, políticas e sociais que contribuem para tornar os homens supérfluos, sem lugar no mundo. A colocação é de Lafer¹³⁴ que indaga se é possível “[...] conciliar a pessoa humana como ‘valor-fonte’ legitimador dos ordenamentos jurídicos, segundo a tradição, com o risco permanente de sua descartabilidade?” Clareando o questionamento, o autor pergunta de outra forma:

[...] se os homens em geral têm múltiplas razões para não se sentirem em casa, como é que os direitos humanos – que representam a modernidade, inauguradora da perspectiva *ex parte populi* – podem continuar sendo o núcleo da reflexão deontológica do Direito, ou seja, da legitimidade do poder e da justiça da norma?

¹³³ CLÉVE, Clemerson Merlin. Apresentação. (1ª edição) In: SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23.

¹³⁴ LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos* – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, 2009, p. 113; 118.

Quicá a resposta não seja fácil. Entretanto, busca-se nas diversas reflexões envolvendo a dignidade da pessoa humana compreender o seu significado, os antecedentes e os contextos que envolvem a sua historicidade¹³⁵. Para tanto, a primeira reflexão está centrada no que são direitos humanos? Por que e para que direitos? Se os direitos humanos constituem, ainda, o principal desafio do século XXI, então, busca-se compreendê-los nas suas mais diversas perspectivas.

Assim, se os direitos humanos não são um dado, mas um construído, as violações a esses direitos também o são, ou seja, as exclusões, as desigualdades, as discriminações, as injustiças, as intolerâncias também são construídos históricos e urgem serem desconstruídos. A ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, possibilitando desenvolver as potencialidades de forma livre, autônoma e plena é a ética dos direitos humanos.¹³⁶

A complexidade em conceituar ou clarear qual é a noção de dignidade, para Sarlet¹³⁷, reside no fato de que não se tratam de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (como o caso da intimidade, da integridade física, etc.), mas de uma qualidade tida como inerente ou atribuída a todo e qualquer ser humano. Entretanto, não resta dúvida que a dignidade é algo real, mesmo que seja impossível estabelecer uma pauta exaustiva de suas violações, havendo quem afirme ser mais fácil desvendar e afirmar o que a dignidade não é do que o que ela é. Assim, a doutrina e a jurisprudência, ao longo do tempo, tentam estabelecer alguns critérios ou contornos do conceito e concretizar o seu conteúdo.

O que se tem (e é correto na visão de Sarlet)¹³⁸ é um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento, reclamando uma constante concretização e delimitação, pela *práxis* constitucional. Com intuito de servir de parâmetro para uma concretização no âmbito do

¹³⁵ Herrera Flores defende os direitos humanos como processos institucionais e sociais que possibilitam a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana. Para o pensador, a partir da historicidade pode-se perceber e assimilar o caráter dinâmico dos processos sociais. E, não havendo nenhum processo estático, não haverá um fim da história, uma vez que tudo é mutável. Entretanto, há que se afirmar essa processualidade da realidade e ter consciência de que a historicidade dos direitos teve origem concreta em alguma forma de luta social pela dignidade humana. FLORES, *A (re) invenção dos Direitos Humanos*, 2009, p. 105; 136-137.

¹³⁶ PIOVESAN, Flávia. In: (Prefácio) FLORES, Joaquin Herrera. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Gracia e outros. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 19-21.

¹³⁷ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais*, 2010, p. 47-56.

¹³⁸ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais*, 2010, p. 47-56.

Direito, o autor coaduna do conceito da dignidade como a “[...] qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”. É qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada. É reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente. E o autor conclui com seu próprio conceito, como sendo:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹³⁹

Empreender uma aproximação com o conteúdo e significado da própria noção de dignidade da pessoa é a proposta de Sarlet¹⁴⁰, quando afirma que qualquer conceito possui uma história que necessita ser retomada e reconstruída, para que se possa conceber a evolução da simples palavra para o conceito e, assim, compreender o seu sentido. Parte-se, então, da concepção da dignidade da pessoa na religião cristã (tanto no Antigo quanto no Novo Testamento) que era o ser humano como “criado à imagem e semelhança de Deus”. No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, a dignidade (*dignitas*) era, em regra, vinculada à posição social ocupada pelo indivíduo e seu grau de reconhecimento perante a comunidade e, por conseguinte, a existência de pessoas mais dignas e pessoas menos dignas. No pensamento estoico, a dignidade era concebida como uma qualidade e que por ser inerente ao ser humano a distinguia das demais criaturas.

¹³⁹ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais*, 2010, p. 70.

¹⁴⁰ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais*, 2010, p. 31-36.

Noção essa intimamente ligada à da liberdade pessoal de cada indivíduo e de que todos os seres humanos, em relação à sua natureza, são iguais em dignidade.

Especialmente em relação a Roma, partindo das formulações de Cícero¹⁴¹, a noção de dignidade adquire a vinculação com a pretensão de respeito e consideração a que faz jus cada ser humano. É uma noção de dignidade desvinculada do cargo ou posição social, sendo possível a coexistência de um sentido moral e sociopolítico de dignidade.¹⁴²

Tomás de Aquino, mesmo inserido no pensamento cristão, foi o primeiro a proferir a expressão “dignitas humana”. Para Tomás de Aquino a dignidade humana, intimamente ligada à sua concepção de pessoa, era uma qualidade inerente a todo ser humano e o que o distingue das demais criaturas é a racionalidade. E é através da racionalidade que o ser humano passa a ser livre e responsável pelo seu destino.¹⁴³

Aprofundando a concepção de dignidade em Santo Tomás, Nogare¹⁴⁴ enfatiza que o pensador não se limitou ao problema da unidade do homem, mas aprofundou-se no seu caráter privilegiado de pessoa. Tomás de Aquino tomou a definição de Boécio, para quem “pessoa é toda substância individual de natureza racional” ou “pessoa é o ser que subsiste distinto na natureza racional”. Então, a distinção fundamental da pessoa é de ser racional, intelectual e esta inteligência é que confere valor e excelência à pessoa. Para Santo Tomás “[...] a pessoa significa o que de mais perfeito e elevado existe no universo.”

Ainda, nesse contexto histórico, para a afirmação da dignidade humana, Sarlet¹⁴⁵ destaca a contribuição do espanhol Francisco de Vitória, que no século XVI, no auge da expansão colonial espanhola, em relação à aniquilação e escravização dos povos indígenas, sustentou que independentemente de serem cristãos, católicos, ou protestantes, em função do direito natural e da natureza humana, eram livres, iguais e deveriam ser respeitados como sujeitos de direitos, inclusive em relação à propriedade. Foi nesse período (no pensamento jusnaturalista do século XVII e XVIII) que a concepção de dignidade humana passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo, entretanto, a

¹⁴¹ Marco Túlio Cícero era jurisconsulto, político e filósofo romano.

¹⁴² SARLET, *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais*, 2010, p. 33.

¹⁴³ MARTINS, *Dignidade da pessoa humana*, 2006, p. 23-24.

¹⁴⁴ NOGARE, Pedro Dalle. *Humanismos e Anti-Humanismos*: Introdução à Antropologia Filosófica Petrópolis: Vozes, 1994, p. 52.

¹⁴⁵ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais*, 2010, p. 35-36.

noção fundamental de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

E assim é que o Direito Natural laicizado difundiu a tese do contrato social como explicação da origem do Estado, da Sociedade e do Direito. No contratualismo, a relação autoridade-liberdade tem seu fundamento na auto-obrigação dos governados, explicando como o Direito, que pode servir os indivíduos, pode também vinculá-los e obrigá-los, vez que no momento da celebração do contrato social passasse do estado da natureza para o da vida organizada em sociedade. Por sua vez, o contratualismo possibilitou uma justificação do Estado e do Direito que já não se fundamenta no poder exclusivo do soberano ou no poder de Deus, mas na vontade dos indivíduos, na base da sociedade.¹⁴⁶

Entretanto, para Sarlet¹⁴⁷, apesar de Hugo Grócio e Thomas Hobbes serem os dois autores mais destacados do período, em relação ao pensamento político e jurídico, foi com Samuel Pufendorf que se deu um passo de ruptura com a tradição anterior, a elaboração e a primeira formulação racional da dignidade da pessoa humana, com fundamento na liberdade moral como característica distintiva do ser humano.

Relevante é a distinção de tais concepções e Sarlet¹⁴⁸ esclarece que para Hugo Grócio a dignidade humana se manifesta no âmbito do direito à sepultura (respeito com o cadáver). Para Hobbes a dignidade é representada pelo valor do indivíduo no contexto social, o valor atribuído pelo Estado e pelos demais membros da comunidade, vinculada ao prestígio pessoal e aos cargos exercidos. Diferente é a concepção de Pufendorf, que vincula a dignidade à liberdade moral, uma vez que é esta e não a natureza humana em si que confere dignidade ao homem e o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada como a liberdade do ser humano de optar de acordo com a sua razão e agir de acordo com o seu entendimento e opção. Entretanto, foi com Immanuel Kant que a concepção de dignidade partiu da autonomia ética do ser humano e foram abandonadas as “vestes sacrais” e, de certa maneira, completou o processo de secularização da dignidade.¹⁴⁹

A concepção kantiana da dignidade da pessoa humana, e que fundamenta a complexidade do tema abordado, é o objeto do tópico que segue.

¹⁴⁶ LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos*, 2009, p. 121-122.

¹⁴⁷ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais*, 2010, p. 35-37.

¹⁴⁸ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais*, 2010, p. 35-36.

¹⁴⁹ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais*, 2010, p. 35-37.

1.2.2 Dignidade da pessoa humana em Kant

Partindo da natureza racional do ser humano, Kant construiu sua concepção, na qual a autonomia da vontade, compreendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, diz respeito a um atributo encontrado apenas nos seres racionais. Isso se constitui no fundamento da dignidade da natureza humana e assim: “a autonomia e dignidade estão, notadamente no pensamento de Kant, intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricados, visto que a dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito de autonomia”, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética.¹⁵⁰

Dessa forma, a elaboração teórica do conceito de pessoa como sujeito de direitos universais surge com a filosofia kantiana. O primeiro postulado ético de Kant é que o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios.¹⁵¹ Por conseguinte, somente um ser racional é capaz de agir segundo a “representação das leis, isto é, dos princípios, ou, só ele possui uma vontade. Como para derivar as ações das leis se exige a razão, a vontade outra coisa não é senão a razão prática [...]”¹⁵²

Quando se constata em Kant¹⁵³ a afirmação de que “a autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças a qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer)”, conclui-se que se por autonomia compreende-se a faculdade de dar leis a si mesmo, então, é certo que a vontade moral é, por excelência, uma vontade autônoma, uma vez que a vontade moral, segundo Kant, é aquela que não obedece à outra lei a não ser a lei moral, não se deixando determinar por tendências ou cálculos interessados. Essa definição de autonomia coincide com aquela dada por Rousseau à liberdade, compreendida como a obediência à lei que cada um prescreve para si mesmo.¹⁵⁴

Kant reafirma o papel da racionalidade na ética, para quem o homem é ativo e criador, sujeito do seu conhecimento e capaz de sentir-se responsável por seus próprios atos, tendo consciência dos seus

¹⁵⁰ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais*, 2010, p. 37.

¹⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

¹⁵² KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*, 2008, p. 43.

¹⁵³ KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*, 2008, p. 70.

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Edunb, 1992, p. 62.

deveres, ou seja, livre para dar a si próprio as suas leis. Assim, o dever caracteriza-se não como uma forma de conteúdos fixos e que definem a essência de cada conduta a ser praticada nas diversas circunstâncias da vida, mas como uma forma que deve valer para toda a ação moral, valendo para todas as circunstâncias desta. Trata-se, então, de um imperativo categórico.¹⁵⁵ A fórmula geral que exprime o imperativo categórico de Kant é: “[...] age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.¹⁵⁶ Dessa fórmula geral, Kant deduz três outras fórmulas morais e, todas, indicam que no pensamento de Kant as ações que levam à coisificação do ser humano, como instrumentos de satisfação de vontades, são proibidas, afrontam a dignidade humana.¹⁵⁷

E, assim, afirma Kant¹⁵⁸, os imperativos categóricos nada mais são do que fórmulas para exprimir a relação entre as leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva da vontade daquele ou desse ser racional, como, por exemplo, a vontade humana. Por isso, diz Kant que “todos os imperativos ordenam, seja hipotética, seja categoricamente”. O autor faz a distinção entre ambos, esclarecendo que os hipotéticos representam “a necessidade prática de uma ação possível como meio de conseguir qualquer outra coisa que se queira (ou que é possível que se queira)”. Já o imperativo categórico seria o que “representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim”. Uma vez que toda lei prática representa uma ação possível como boa e, consequentemente, como necessária para um sujeito praticamente determinável pela razão.¹⁵⁹

Vê-se, dessa forma, que Kant explica que o homem deve ter um respeito incondicionado à lei e, isso, afirma Maurer¹⁶⁰, a lei por excelência é a de que toda a pessoa jamais pode ser considerada um meio, mas um fim e, em decorrência, o homem não deve respeitar somente a dignidade do outro, mas também a sua própria. Então, da dignidade da pessoa humana decorrem os deveres. Por tal razão, ainda, é que a expressão “respeito”, na visão kantiana, permite estabelecer que a dignidade do homem, além do respeito à dignidade do outro, deve respeitar a sua própria dignidade, sendo ambas inseparáveis.

¹⁵⁵ MARTINS, *Dignidade da pessoa humana*, 2006, p. 26-27.

¹⁵⁶ KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*, 2008, p. 51.

¹⁵⁷ MARTINS, *Dignidade da pessoa humana*, 2006, p. 27.

¹⁵⁸ KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*, 2008, p. 45.

¹⁵⁹ KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*, 2008, p. 45.

¹⁶⁰ MAURER, *Notas sobre o respeito da dignidade humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*, 2009, p. 139.

Ao tratar sobre o respeito em relação aos outros, Kant¹⁶¹ afirma que deve ser entendido “[...] como a máxima da limitação da nossa auto-estima pela dignidade da humanidade presente numa outra pessoa e, assim, como respeito no sentido prático [...]”. Por conseguinte, diz Kant, o dever do respeito para com o próximo está contido na máxima de “[...] não degradar qualquer outro ser humano, reduzindo-o a um mero meio para os meus fins (não exigir que outrem descarte a si mesmo para escravizar-se a favor do meu fim).”¹⁶²

Ressalta Comparato¹⁶³ que a dignidade da pessoa resulta também do fato de que, em decorrência de sua vontade racional, somente a pessoa vive em condições de autonomia, ou seja, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio cria. E daí decorre, de acordo com a filosofia kantiana, que todo homem tem *dignidade* e não um *preço*, como as coisas. Assim, é no pensamento de Kant que a doutrina jurídica, ainda hoje, identifica a base e a fundamentação para conceituar a dignidade da pessoa humana.

A dignidade, por sua vez, não pode ser compreendida sem a liberdade e, esta, sem a dignidade. A pessoa é digna porque é livre e, segundo Maurer¹⁶⁴, Kant associa a dignidade, com muita frequência, à liberdade e é a razão que, de acordo com Kant, possibilita a liberdade, ou seja, sendo a pessoa por definição racional ela é livre e, assim, dotada de dignidade porque ela é autônoma e livre: liberdade, autonomia e dignidade formam uma trilogia inseparável.

A escravidão foi abolida, universalmente, como instituto jurídico, apenas no século XX. Entretanto, a concepção kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas outras práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa. Comparato¹⁶⁵ exemplifica essa afirmação com o que ocorreu com a criação do universo concentracionário, no século XX, e que demonstrou tragicamente a justeza da visão ética kantiana. Além de instituições penais ou fábricas de cadáveres, o *Gulag* soviético e o *Lager* nazista foram máquinas gigantes de despersonalização¹⁶⁶ de seres humanos.

¹⁶¹ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2.ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008, p. 292.

¹⁶² KANT, *A metafísica dos costumes*, 2008, p. 293.

¹⁶³ COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2010, p. 34.

¹⁶⁴ MAURER. Notas sobre o respeito da dignidade humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central, 2009, p. 132-133.

¹⁶⁵ COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2010, p. 35.

¹⁶⁶ O prisioneiro, ao adentrar num campo de concentração nazista, não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Além de despojado de todos os seus pertences (roupas, objetos, cabelos, próteses) era “esvaziado do seu próprio ser”, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, por vezes, gravado no corpo, como se fosse a marca de propriedade de um gado. COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2010, p. 35-36.

Ressalta Bobbio¹⁶⁷ que é inquestionável que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 colocou as premissas, não apenas para os Estados, mas para transformar, também, os indivíduos singulares em sujeitos jurídicos do direito internacional. E isso significaria uma nova fase do direito internacional, ou seja, não apenas o direito de todas as gentes, mas o direito de todos os indivíduos. O autor questiona: esta nova fase, em nome de Kant, não poderia ser chamada de direito cosmopolita?

A visão kantiana sobre o direito de todo homem a ser cidadão não só do seu próprio Estado, mas do mundo inteiro, é justificada na concepção de que na terra, sendo esta esférica, não poderiam, os homens, dispersarem-se, isolando-se no infinito, mas que deveriam encontrar-se e coexistir. Por sua vez, desse direito derivam deveres do Estado, ou seja, de permitir ao cidadão estrangeiro o ingresso no seu próprio território e o dever do hóspede de não se aproveitar da hospitalidade para transformar a visita em conquista. Assim, nessa relação de reciprocidade (entre o direito de visita do cidadão estrangeiro e o dever de hospitalidade do Estado visitado) Kant tinha originado o direito de todo homem a ser cidadão não apenas do seu Estado, mas do mundo inteiro.¹⁶⁸

Para Kant¹⁶⁹, “a autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei...” Nesse sentido, afirma Maurer¹⁷⁰, o princípio da autonomia é fundamental em Kant para compreender a concepção de dignidade, na qual o homem é autônomo quando seus atos estão em conformidade com a lei moral e esta é universal. Então, o homem age de forma livre quando obedece à razão e não “a sua razão”, ou seja, a intenção deve ser isenta de qualquer interesse pessoal ou de qualquer paixão egoística. Portanto, para Kant, “[...] todo o ser racional, como fim em si mesmo, terá de poder considerar-se, com respeito a todas as leis a que possa estar submetido, ao mesmo tempo como legislador universal [...]...”¹⁷¹

E conclui Kant, no sentido de que cada ser racional terá de agir como se fosse sempre, por suas máximas, “[...] um membro legislador no reino universal dos fins. O princípio formal dessas máximas é: ‘age

¹⁶⁷ BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 127.

¹⁶⁸ BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 126-127.

¹⁶⁹ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, 2008, p. 70.

¹⁷⁰ MAURER, Notas sobre o respeito da dignidade humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central, 2009, p. 133.

¹⁷¹ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, 2008, p. 68.

como se a tua máxima devesse servir ao mesmo tempo de lei universal (de todos os seres racionais)”,¹⁷²

Nesse pensar¹⁷³, a concepção de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si mesma resulta não apenas no dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também no dever positivo de buscar favorecer a felicidade alheia, constituindo-se na melhor justificativa do reconhecimento, além dos direitos e liberdades individuais, dos direitos humanos para a efetivação de políticas públicas de conteúdo econômico e social, tal como enunciado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Vê-se que é no pensamento de Kant, centrado na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, na intrínseca ligação entre liberdade e dignidade, no respeito ao outro como a si mesmo, que ainda se encontram muitas respostas ao problema de fundamentar efetivamente a concepção da dignidade humana. Oportuno, então, se faz o estudo da temática que envolve a dignidade da pessoa humana na perspectiva jurídico-constitucional, na qual se formaliza o comprometimento de sua efetiva realização.

1.2.3 Dignidade da pessoa humana na perspectiva jurídico-constitucional

Cada vez mais e das mais diversas formas, as disposições constitucionais são evidências das tentativas dos constituintes de obter distinções claras, alcançando-se a correspondente viabilidade jurídica da dignidade humana, podendo-se exemplificar com a proibição de torturas, e contra prisões arbitrárias, a proteção da honra, dentre tantos outros valores que possam ser ameaçados.¹⁷⁴

Para que se possa compreender a dignidade da pessoa humana na perspectiva jurídico-constitucional e que como visto em tópicos anteriores, historicamente, nasceu para proteger a liberdade do homem em relação ao Estado, é necessária uma breve abordagem histórica demonstrando o que permeia essa evolução.

¹⁷² KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, 2008, p. 69.

¹⁷³ COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2010, p. 36-37.

¹⁷⁴ KIRSTE, *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*, 2009, p. 178.

Existe uma relação direta entre a teoria política de Locke¹⁷⁵ e os princípios que inspiram a tutela dos direitos fundamentais do homem no constitucionalismo. Para Lafer¹⁷⁶, a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito perpassa pela preocupação do individualismo em estabelecer limites no abuso de poder do todo em relação ao indivíduo. Tais limites resultariam na divisão clássica de Montesquieu, combinada com a declaração de direitos, expressas num texto escrito: a Constituição. No jusnaturalismo (que inspirou o constitucionalismo), os direitos do homem eram concebidos como direitos inatos e tidos como “verdade evidente, a compeli a mente”. A proclamação dos direitos do homem emerge quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais os costumes ou o comando de Deus.

As Declarações de Direitos passam a ser um anseio de proteção, vez que os indivíduos não se sentiam mais seguros de suas igualdades diante de Deus. E é nesse contexto que ocorre a positivação das declarações nas constituições e que teve início no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, objetivando conferir aos direitos nelas contemplados uma dimensão permanente e segura. Essa estabilidade tornaria aceitável a variabilidade do Direito Positivo, dependente da vontade do legislador, em contextos variáveis e localizados.¹⁷⁷

Nesse mesmo sentido, Piovesan¹⁷⁸ enfatiza que naquele momento histórico as denominadas modernas declarações de direitos do final do século XVIII (Francesa, em 1789 e Americana, em 1776) coroavam a ótica contratualista liberal, nas quais os direitos humanos se reduziam aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão. Os direitos humanos surgem como reação aos excessos do regime absolutista, tentando limitar o poder do Estado, sob a influência das ideias de Locke, Montesquieu e Rousseau. A não-atuação do Estado significava a liberdade. Nesse cenário se introduzia a concepção formal de igualdade, com a supremacia dos direitos civis, políticos e a ausência total de direitos sociais, econômicos ou culturais que necessitassem da intervenção do Estado.

¹⁷⁵ LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos*, 2009, p. 122. Esclarece Lafer que “No contratualismo de Locke, o Estado e o Direito são um meio-termo que compatibiliza a liberdade do estado de natureza, onde tudo é permitido, com as exigências da vida em sociedade.”

¹⁷⁶ LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos*, 2009, p. 122-124.

¹⁷⁷ LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos*, 2009, p. 123-124.

¹⁷⁸ PIOVESAN, *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1988, p. 127-130.

Ainda, na visão de Lafer¹⁷⁹, a identificação do Estado com a nação, na experiência europeia, coincidiu com o despertar dos governos constitucionais que, com fundamento no princípio da legalidade, objetivavam impedir o exercício arbitrário do poder. Tal coincidência possibilitou que os direitos humanos de primeira geração viessem a ser positivados em declarações de direitos através de emancipações nacionais e de governos constitucionais deles originados. No plano político, o liberalismo trouxe a positivação crescente das declarações de direitos pelo Direito Público dos Estados nacionais e, ao mesmo tempo, um interesse internacional pela tutela dos direitos humanos. Essa ideia de delimitação de soberania viu-se associada a uma economia capitalista em expansão, ao liberalismo no plano econômico.

Importante a concepção de Ferrajoli¹⁸⁰, no sentido de que a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos equivale à declaração constitucional dos deveres do Estado. Há uma mudança significativa na estrutura do poder estatal não apenas limitando negativamente os cidadãos de “direitos de”, mas funcionalizando positivamente por obrigações de satisfazer “direitos a”. Significa dizer que também muda a base de legitimação do Estado, ou seja, enquanto o Estado de direito liberal deve “não piorar” as condições de vida dos cidadãos; o Estado de direito social deve melhorá-las. Isso está ligado à diferença dos bens jurídicos assegurados pelos dois tipos de garantias: as *garantias liberais ou negativas*, fundadas em *vedações legais*, objetivam defender ou conservar as *condições naturais* ou pré-políticas de existência (a vida, a liberdade, a imunidade aos arbítrios, a não degradação do meio ambiente, etc.); já as *garantias sociais ou positivas*, fundadas nas *obrigações*, conduzem a pretensões e aquisições de condições *sociais de vida* (a subsistência, o trabalho, a instrução, a saúde, o lar, dentre outras).

Significa, então, que as garantias liberais devem estar voltadas à conservação do que já é naturalmente existente na vida dos cidadãos, ao passo que as garantias sociais estão voltadas para o futuro dos cidadãos, como pretensões legítimas de alcance de condições de vida voltadas a sua mais plena dignidade. Importante é frisar que essas duas espécies de garantias não são excludentes, ou seja, uma não exclui a outra como por

¹⁷⁹ LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos*, 2009, p. 137-138.

¹⁸⁰ FERRAJOLLI, *Direito e Razão - Teoria do garantismo penal*, 2002, p. 692.

vezes surgere-se nos debates envolvendo liberdades individuais e justiça social.¹⁸¹

Em decorrência do flagelo da Segunda Guerra Mundial, é que há a necessidade da reconstrução dos direitos humanos e que serviria como paradigma para orientar a ordem internacional. Dessa forma, em meados do século XX, é que surge o “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições, destinados a promover o respeito aos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. E é nesse cenário que se fortalece a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve ser reduzida ao domínio reservado ao Estado, uma vez que se trata de interesse internacional. Surge, em 1945, no pós-guerra, a Organização das Nações Unidas e, em 1948, é adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹⁸²

Piovesan¹⁸³ reforça, ainda, a ideia de que a Declaração de 1948 consolida a afirmação de uma ética universal, uma vez que consagra valores de cunho universal. Ao consagrar direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania. A Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, os quais passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível.

No contexto brasileiro, a primeira constituição a tratar o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito foi a Constituição de 1988. Quando cotejada com as constituições anteriores, não deixa de ser, para a ordem jurídica brasileira, uma ruptura paradigmática, representando a superação de padrões até então vigentes. Não se preocupou o constituinte apenas com a positivação desse valor, mas buscou estruturar a dignidade da pessoa humana de forma a lhe atribuir plena normatividade, projetando-a por todo o sistema político, jurídico e social

¹⁸¹ Ferrajoli aponta que “[...] os dois modelos são, todavia, logicamente independente: podem ocorrer (e historicamente assim ocorreram) Estados liberais profundamente anti-sociais, como o foram aqueles paleocapitalistas do século passado: Estados sociais profundamente antiliberais, como são aqueles do socialismo real; Estados ao mesmo tempo antiliberais e anti-sociais, como as muitas ditaduras fascistas do primeiro e do terceiro mundos que afligiram o nosso século; e, por fim, Estados ao menos normativamente tanto liberais como sociais enquanto anunciam e garantem seja os direitos fundamentais a prestações negativas que aqueles, igualmente fundamentais, a prestações positivas também”. FERRAJOLLI, *Direito e Razão - Teoria do garantismo penal*, 2002, p. 692.

¹⁸² PIOVESAN, *Temas de Direitos Humanos*, 1988, p. 22-28.

¹⁸³ PIOVESAN *Temas de Direitos Humanos*, 1988, p. 26-27.

instituído, atribuindo-lhe a função de base, alicerce e fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.¹⁸⁴

Para Starck¹⁸⁵, na Constituição Brasileira, a dignidade da pessoa humana pertence aos princípios fundamentais, nos quais se fundam a República¹⁸⁶ e a dignidade humana “[...] não seria propriamente um direito fundamental, mas base dos direitos fundamentais e, em realidade, tanto dos direitos fundamentais ‘clássicos’ (art.5º), quanto dos direitos sociais (art.7º).”

Os direitos humanos, de acordo com Rosa¹⁸⁷, são protegidos por dois sistemas: o global e o regional. Este está vinculado a áreas específicas, ao passo que o sistema global possui instrumentos com eficácia para todo o planeta. Assim, a proteção dos direitos humanos rompe fronteiras e, além de declarar os direitos humanos, são criados mecanismos internacionais cogentes de garantia, em que os Estados poderão ser acionados judicialmente e condenados, caso restarem evidenciadas violações a esses direitos. E por isto, segundo Santos¹⁸⁸, só se compreende o acesso ao direito se este “merecer a pena”, ou seja, se os direitos sociais continuarem a ser defendidos e protegidos.

Os direitos humanos são, assim, universais e, cada vez mais, no pensar de Streck¹⁸⁹, projetam-se no sentido de alargamento, objetivo e subjetivo. São históricos, não definitivos e exigem a cada instante não apenas o reconhecimento de situações novas, como também novos instrumentos de resguardo e efetivação. Assim como os direitos humanos dirigem-se a todos, o comprometimento com sua efetivação é atribuição de todos, numa atitude de comprometimento com a dignidade comum.

De outra banda, nessa concepção dos direitos humanos universais, Santos¹⁹⁰ afirma que eles “não são universais na sua aplicação” e justifica o posicionamento no sentido de que todas as

¹⁸⁴ MARTINS, *Dignidade da pessoa humana*, 2006, p. 47-52.

¹⁸⁵ STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 200.

¹⁸⁶ Artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...].”

¹⁸⁷ ROSA, *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade material*, 2005, p. 26.

¹⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática de Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 35.

¹⁸⁹ STRECK; MORAIS, *Ciência Política e Teoria do Estado*, 2006, p. 146.

¹⁹⁰ SANTOS, *Uma concepção multicultural de direitos humanos*, 1997, p. 112-113.

culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas que apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais. Por isso, o autor afirma que “a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental”, mas que, gradualmente, foram se desenvolvendo discursos, concepções e práticas contra-hegemônicas de direitos humanos.

Dessa forma, por mais que se saiba da necessidade desse comprometimento de efetivação no âmbito dos mais diversos povos, inúmeros direitos são, ainda, flagrantemente sonegados e outros tantos, mesmo que previstos formalmente, não são concretizados. Nesse sentido é que Santos¹⁹¹ enfatiza que uma concepção contra-hegemônica dos direitos humanos tem de enfrentar a situação dos trabalhadores precários, dos desempregados, dos indígenas espoliados, dos camponeses sem-terra, das inúmeras vítimas de despejos, dos pensionistas pobres e das crianças e adolescentes abandonadas. É assumindo essa concepção que o sistema judicial assumirá, no dizer do autor, a “quota-parte de responsabilidade na execução das políticas sociais.”

Conclui-se, então, partindo da contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana, que o foco deve direcionar-se para o direito das pessoas de não serem tratadas de forma indigna, mesmo que cada sociedade tenha suas próprias convenções ou critérios para concebê-la. O objetivo da concretização da dignidade da pessoa humana na perspectiva jurídico-constitucional dos Estados, no âmbito interno ou no âmbito externo, ocorre no conjunto de direitos fundamentais e também por meio de outros princípios formalmente positivados, tanto de natureza negativa quanto de natureza positiva e que impõe aos poderes estatais, além do respeito à dignidade da pessoa humana, um dever concreto de proteção. E nesse contexto é que se busca compreender, então, o que são direitos fundamentais.

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para tratar de direitos fundamentais, necessária é a compreensão de que o sistema jurídico é composto de regras e princípios. Essa compreensão, especialmente quando se quer tratar de direitos fundamentais, não é uma tarefa nem simples e nem dispensável. Os critérios que traçam a distinção entre regras e princípios são muitos.

¹⁹¹ SANTOS, *Para uma revolução democrática de Justiça*, 2007, p. 35.

Busca-se compreendê-los na conceituação de alguns pensadores que de maneira geral darão um suporte teórico indispensável para o desenvolvimento da questão que envolve os direitos fundamentais. De modo especial àqueles a que se dará enfoque no decorrer deste trabalho, de forma específica no último capítulo e que dizem respeito às pessoas que cumprem pena privativa de liberdade, especialmente no contexto prisional feminino.

No dizer de Canotilho¹⁹², as *regras* “[...] são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção [...]”. Por outro lado, *princípios* “[...] são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas [...]”

Alexy¹⁹³, de igual modo, afirma que se podem formular teorias diversas sobre os direitos fundamentais e exemplifica essas diferentes possibilidades mencionando as teorias *históricas* que se encarregam de explicar o surgimento dos direitos fundamentais; as teorias *filosóficas* que se voltam a sua fundamentação e, por fim, as teorias *sociológicas* que tratam dos direitos fundamentais no sistema social. O autor discorre sobre uma teoria geral dos direitos fundamentais, embasado nos direitos fundamentais positivamente válidos, ou seja, aqueles que fazem parte da dogmática jurídica.¹⁹⁴ Então, para Alexy¹⁹⁵, tanto as *regras* como os *princípios* são *normas*, uma vez que ambas “dizem o que devem dizer” e, portanto, a distinção entre regras e princípios diz respeito à distinção entre dois tipos de normas.¹⁹⁶

¹⁹² CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2007, p. 1255.

¹⁹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 27.

¹⁹⁴ Para Alexy, a base em que se funda o argumento dos princípios está na distinção feita entre as regras e os princípios. As regras são normas que, quando cumpridas determinam condições, ordenam, proíbem, permitem ou autorizam a fazer algo, sendo, portanto, *mandatos definitivos*. Já os princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível e, portanto, denominados *mandatos de otimização*. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa S.A, 2004, p. 75.

¹⁹⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 83.

¹⁹⁶ Para Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Para tanto, os princípios são *mandatos de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. Já as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do factível e juridicamente possível. Importante, ainda, é fazer menção à concepção de Alexy de que quando ocorre *colisão* entre *princípios* não se deve, simplesmente, invalidar um em detrimento do outro (ou outros), mas elaborar juízo de ponderação, ou seja, analisar qual (ou quais) princípio tem maior peso naquela situação posta em análise. Já, quando houver colisão entre princípios e regras, os princípios deverão prevalecer. Portanto, de acordo com Alexy, os princípios dependem e requerem ponderação. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86-90.

Tratando-se de princípios constitucionais é corrente a afirmação de que estes têm a incumbência de nortear a atividade do Estado em todas as esferas, significando dizer que as normas infraconstitucionais desprovidas de pertinência material devem ser impedidas de prevalecer¹⁹⁷.

Assim, afirma Bonavides¹⁹⁸, o direito ou liberta ou não é direito, não se podendo reconhecer outra função, outra filosofia, outra validade: “não importa discutir-lhe a origem, mas o fim; o fim na concretude social contemporânea, sobretudo quando se atenta que aí já baixam sombras espessas sobre o futuro da liberdade e o destino dos povos.”

Para Bobbio¹⁹⁹, enquanto a igualdade perante a lei pode ser uma forma histórica de igualdade jurídica, a igualdade nos direitos compreende a “igualdade em todos os direitos fundamentais enumerados numa Constituição” e que somente podem ser definidos como fundamentais aqueles que devem ser gozados por todos os cidadãos, sem qualquer espécie de discriminação. O elenco de direitos fundamentais varia de época para época, diz o autor, de povo para povo e por isto “não se pode fixar um elenco de uma vez por todas”. Pode-se apenas afirmar que são direitos fundamentais aqueles que numa determinada Constituição são atribuídos a todos os cidadãos indistintamente e diante dos quais todos são iguais.

Por isso, afirma Bonavides²⁰⁰, sem democracia, “todas as formas de *statu quo* que alojam, conservam e perpetuam situações de privilégio, desigualdade e discriminação tendem à imutabilidade”, eternizando graves injustiças sociais. Nesse contexto, o constitucionalismo passou a novas dimensões de concretude em matéria de direitos fundamentais, até decretar, na idade contemporânea, sobre bases normativas supremas a hegemonia dos princípios e valores.²⁰¹

Diante disso se retoma a concepção garantista. A princípio, Ferrajoli propõe uma definição *teórica*, puramente *formal* ou *estrutural*, de direitos fundamentais:

¹⁹⁷ ROSA, *Decisão Penal: a bricolage de significantes*, 2006, p. 116.

¹⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 219.

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 41.

²⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta – temas políticos e constitucionais da atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 15.

²⁰¹ BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa*, 2003, p. 219.

[...] são *direitos fundamentais* todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de *status*²⁰² de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendendo por '*direito subjetivo*' qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) prevista a um sujeito por uma norma jurídica.²⁰³

Então, quais são os direitos fundamentais? A pergunta é de Ferrajoli²⁰⁴ e a resposta é dada pelo pensador garantista de três formas: a primeira resposta é proveniente da *teoria do direito*; a segunda é dada pelo *direito positivo, pela dogmática constitucional ou internacional*. E, por fim, a terceira resposta é dada pela *filosofia política*. Importante se faz compreendê-los nos três aspectos apontados por Ferrajoli, a saber:

A primeira resposta é a que oferece a teoria do direito. E no plano teórico-jurídico a definição mais fecunda dos direitos fundamentais é, do meu ponto de vista, a que os identifica com os direitos que estão previstos universalmente a todos enquanto pessoas ou enquanto cidadãos ou pessoas com capacidade de agir e que são portanto indisponíveis e inalienáveis.²⁰⁵

Entretanto, diz Ferrajoli, a resposta não diz quais são, mas o que são os direitos fundamentais e, portanto, não é mais que a definição de

²⁰² Ferrajoli explica que '*status*' é a "condição de um sujeito, prevista também por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e ou autor dos atos que são exercícios destas". FERRAJOLI, *Derechos y Garantías* – La ley Del más débil, 2006, p. 37. (Tradução nossa).

²⁰³ FERRAJOLI, *Derechos y Garantías* – La ley Del más débil, 2006, p. 37. (Tradução nossa). "Propugno una definición teórica, puramente formal o estructural, de "derechos fundamentales": son "derechos fundamentales" todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas con capacidad de obrar; entendiendo por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica".

²⁰⁴ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 42.

²⁰⁵ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 42. (Tradução nossa). "La primera respuesta es la que ofrece la teoría del derecho. En el plano teórico-jurídico la definición más fecunda de los derechos fundamentales es, desde mi punto de vista, la que los identifica con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables".

um conceito teórico que não pode dizer nada sobre os conteúdos de tais direitos, ou seja, sobre as necessidades e sobre as imunidades que estão ou deveriam estar estabelecidas como fundamentais, senão que pode identificar a forma ou estrutura lógica desses direitos que convencionamos chamar de ‘fundamentais’.²⁰⁶

A segunda resposta dada pelo *direito positivo*, pela *dogmática constitucional ou internacional* é indicada por Ferrajoli:

São direitos fundamentais, no ordenamento italiano ou alemão, os direitos universais e indisponíveis estabelecidos pelo direito positivo italiano ou alemão. São direitos fundamentais, no ordenamento internacional, os direitos universais e indisponíveis, estabelecidos na *Declaração Universal dos direitos humanos de 1948*, nos Pactos internacionais de 1966 e nas demais convenções internacionais sobre os direitos humanos.²⁰⁷

Por fim, a terceira resposta é oferecida pela *filosofia política* que diz respeito à pergunta “que direitos devem ser garantidos como fundamentais?” A resposta não seria do tipo assertivo, mas normativo e devem ser formulados critérios *meta-éticos* e *meta-políticos* idôneos para identificá-los. Ferrajoli indica três critérios axiológicos, os quais decorrem da experiência histórica do constitucionalismo, tanto estatal como internacional. O primeiro desses critérios é o do nexo entre direitos humanos e *paz*, instituído no preâmbulo da *Declaração universal* de 1948 e que:

²⁰⁶ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 42.

²⁰⁷ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 42-43. (Tradução nossa). “Son derechos fundamentales, en el ordenamiento italiano o alemán, los derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo italiano o alemán. Son derechos en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948, en los Pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos”.

Devem estar garantidos como direitos fundamentais todos os direitos vitais cuja garantia é condição necessária para a paz: o direito à vida e a integridade pessoal, os direitos civis e políticos, os direitos de liberdade, mas também, em um mundo em que sobreviver é cada vez menos um feito natural e cada vez mais um feito artificial, os direitos sociais para a sobrevivência.²⁰⁸

O segundo critério diz respeito ao nexó existente entre direitos e igualdade, especialmente envolvendo os direitos das minorias:

A igualdade é em primeiro lugar a igualdade nos direitos de liberdade, que garantem o igual valor de todas as diferentes pessoas – de nacionalidade, de sexo, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais, como diz o artigo 3 parágrafo primeiro da Constituição italiana – que fazem de cada pessoa um indivíduo diferente de todos os demais e de cada indivíduo uma pessoa igual a todas as outras; e é, em segundo lugar, igualdade nos direitos sociais, que garantem a redução das desigualdades econômicas e sociais.²⁰⁹

E, por fim, o terceiro critério está vinculado ao papel dos direitos fundamentais como *lei do mais débil*, sendo que:

²⁰⁸ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 43. (Tradução nossa). “Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: El derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también, en un mundo en el que sobrevivir es cada vez menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia”.

²⁰⁹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 43. (Tradução nossa). “La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales – de nacionalidad, de sexo, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales, como dice el artículo 3 párrafo primero de la Constitución italiana – que hacen de cada persona un individuo diferente de todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras; y es, en segundo lugar, igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales.”

Todos os direitos fundamentais são leis do mais débil como alternativa a lei do mais forte que vigorará na sua ausência: em primeiro lugar o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar os direitos de imunidade e de liberdade, contra o arbítrio de quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar os direitos sociais, que são direitos à superveniência, contra a lei de quem é mais forte social e economicamente.²¹⁰

Compreendendo o acima exposto volta-se, então, mais uma vez, à reflexão dos três critérios axiológicos apontados por Ferrajoli. Primeiramente, o direito fundamental à paz e o direito à autodeterminação dos povos. A paz interna é assegurada pela garantia de todos os direitos e cuja violação justifica o direito de resistência. São os direitos à vida, à integridade e à liberdade das pessoas, contra a lei do mais forte, próprio do estado de natureza. Apontam-se, também, os direitos sociais para a sobrevivência, como a saúde, a educação, a subsistência e a previdência social. Nas sociedades contemporâneas, a satisfação depende do mínimo vital, ou seja, “a paz social é tanto mais sólida e os conflitos tanto menos violentos e perturbadores, quanto mais estão estendidas e são efetivadas as garantias dos direitos vitais.”²¹¹

Já no que diz respeito à paz internacional, a paz entre os Estados, requer a força da ONU, a efetiva operacionalidade do Tribunal Penal Internacional. Entretanto, como adverte o preâmbulo da Declaração Universal de 1948, tem como fundamento a garantia dos direitos humanos de “todos os membros da família humana”.²¹²

Referente à autodeterminação dos povos, à luz da Carta das Nações Unidas, trata-se de um direito complexo de “autonomia”, articulado em duas dimensões: a *autodeterminação interna*, que significa o direito dos povos de decidir livremente sobre seu estatuto político; e a *autodeterminação externa*, que consiste no mesmo direito

²¹⁰ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 43-44. (Tradução nossa). “Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil como alternativa a la ley del más fuerte que regirá en su ausencia: en primero lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la superveniencia contra la ley de quien es más fuerte socialmente económicamente.”

²¹¹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 44. (Tradução nossa). “[...] la paz social es tanto más sólida y los conflictos tanto menos violentos y perturbadores cuanto más están extendidas y son efectivas las garantías de los derechos vitales.”

²¹² FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 44-45.

em plano internacional, assim como o direito dos povos ao desenvolvimento e a livre disposição das próprias riquezas e recursos. E é esta a mais complexa e problemática.²¹³ Fala-se, aqui, da globalização.

A globalização²¹⁴ tem feito surgir uma crescente integração mundial, evidenciando tanto o valor das diferenças quanto das identidades. Colocando-se, muitas vezes de maneira explosiva e dramática, o caráter artificial dos Estados sobre todos aqueles de formação recente, a arbitrariedade de seus limites territoriais e a insustentável pretensão de subsumir povos e nações dentro de unidades forçadas que negam as diferenças e as identidades comuns.

Por isso, a pretensão dos povos de constituir-se em *Estados*, em uma sociedade mundial cada vez mais integrada e em organizações civis caracterizadas por mesclas de cultura e nacionalidades, é insustentável e se dá em contradição com o direito à autodeterminação.²¹⁵

Ao tratar sobre o fenômeno da globalização, Zaffaroni²¹⁶ não difere de Ferrajoli, quando afirma que a globalização está criando uma situação particularmente difícil. Não a globalização como uma *ideologia*, mas como *fato*. É um momento do poder mundial, da mesma forma que o foram o colonialismo e o neo-colonialismo²¹⁷, a globalização também é um momento de poder planetário e é um produto da revolução tecnológica e que tem sua maior força na tecnologia da comunicação.

O efeito da globalização é o enfraquecimento do poder dos Estados nacionais, que perderam aquele poder de mediação entre capital

²¹³ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 45-46.

²¹⁴ Oliveira coloca que: “Historicamente a globalização constitui fenômeno de origem bem antiga, decorrente de tendências transcendentais do homem e de seus impulsos de expansão – desejos tanto intrínsecos quanto extrínsecos – para conquistar novos horizontes e dominar diferentes espaços “[...] Desse modo a globalização – um expoente processo milenar – conjunto de diversos processos globais de diferentes épocas e civilizações, caracterizando-se por fluxos e refluxos de variados âmbitos – político, religioso, comercial, econômico, entre tantos outros. [...]”. O fenômeno da globalização, contudo, em sua transcendente mobilização, foi impulsionando o homem no perpassar de seu próprio clã, feudo, vila, cidade, império, estado, continente. Nesse transportar-se do local, nacional, regional, internacional, continental, o homem projetou-se por final no globo, tornando-se do homem- histórico o cosmopolita da aldeia global: homem-mundo. [...]”. OLIVEIRA, Odete Maria de. *Teorias Globais – elementos e estruturas*. vol.I. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 13, 289.

²¹⁵ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 44-46.

²¹⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Abertura- conferência. KARAM, Maria Lúcia (organizadora). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 20.

²¹⁷ *Colonialismo* que foi produto da revolução mercantil e *neo-colonialismo* que foi produto da revolução industrial.

e trabalho, entre as forças produtivas; não há mais um representante do capital, mas as grandes corporações são internacionais.²¹⁸

De suma importância é referenciar, nesse contexto, a afirmação de Bauman:

A integração e a divisão, a globalização e a territorialização, são *processos mutuamente complementares*. Mais precisamente, são duas faces do mesmo processo: a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir desencadeada (mas de forma alguma determinada) pelo salto radical na tecnologia da velocidade. A coincidência e entrelaçamento da síntese e da dispersão, da integração e da decomposição são tudo, menos acidentais.²¹⁹

E por tais coincidências e em função desse entrelaçamento das duas tendências aparentemente opostas, mas as duas desencadeadas pelo impacto divisor da liberdade de movimento, que os processos “globalizantes” redundam na “[...] redistribuição de privilégios e carências, de riqueza e pobreza, de recursos e impotência, de poder e ausência de poder, de liberdade e restrição.” Assim, testemunha-se, hoje, “[...] um processo de *reestratificação* mundial, no qual se constrói uma nova hierarquia sociocultural em escala planetária.”²²⁰

Entretanto, há necessidade de destacar que o direito à autonomia é o direito de dispor das próprias riquezas e recursos naturais e a não ser privado dos próprios meios de subsistência, bem como com a máxima garantia de direitos políticos e de liberdade. São direitos de liberdade aqueles que asseguram, juntamente com a afirmação e valorização das diferentes identidades, a sua recíproca tolerância e a pacífica convivência. É a tutela de tais direitos a principal garantia da paz, em virtude do princípio kantiano que funda a convivência civil nos limites que a liberdade de cada um encontra na liberdade dos demais e na exclusão da liberdade selvagem do mais forte.²²¹

Em relação aos direitos fundamentais, à igualdade e às diferenças culturais, a tutela deve voltar-se às diferentes pessoas e a redução das

²¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*, 2005, p. 20.

²¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização – as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 77.

²²⁰ BAUMAN, *Globalização – as consequências humanas*, 1999, p. 77-78.

²²¹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 47-48.

desigualdades materiais. Aos clássicos direitos de liberdade equivalem outros tantos direitos da própria identidade e as diferenças culturais. Aos direitos sociais, à subsistência, à saúde e à educação, equivalem a outros tantos direitos a níveis mínimos de igualdade substancial, também necessários para a convivência civil. Igualdade e garantia dos direitos não são somente condições necessárias, mas as únicas que se requer para a formação de identidades coletivas, fundadas sobre o valor de tolerância, ao invés de sobre recíprocas exclusões das diferenças étnicas, nacionais, religiosas ou linguísticas.²²²

Por fim, o *terceiro critério meta-ético* vem assinalar o caráter fundamental de necessidades e expectativas vitais e é identificado por Ferrajoli²²³ como *leis do mais débil*. Historicamente, todos os direitos fundamentais, estabelecidos nas mais diversas Cartas Constitucionais, são resultantes de lutas ou revoluções que em cada época rompeu o véu da normalidade e naturalidade que ocultava uma precedente opressão ou discriminação: dos direitos de liberdade aos direitos dos trabalhadores; dos direitos das mulheres aos direitos sociais, dentre outros.

Tais direitos têm sido conquistados como limitações dos correlativos poderes e em defesa dos sujeitos mais débeis contra a lei dos mais fortes. Não é por acaso que os direitos humanos, e com eles cada progresso de igualdade, têm nascido sempre ao desvelar-se uma violação à pessoa e que se tornou intolerável. A primeira liberdade garantida na origem do Estado de direito foi a liberdade de consciência, que equivale à liberdade e o respeito a todas as diferenças de identidade, como a religiosa, a política, ideológica, étnica, cultural. Caracterizada a igualdade jurídica como o direito à diferença, quer dizer, como o princípio de igual respeito e valorização de todas as diferenças que fazem de cada pessoa um indivíduo distinto dos demais e de cada indivíduo uma pessoa como as outras.²²⁴

Ferrajoli²²⁵ afirma que o constitucionalismo e o universalismo dos direitos fundamentais, os primeiros, dentre todos, os relativos à liberdade, são a única garantia do multiculturalismo, uma vez que somente eles garantem o igual respeito a todas as diferentes identidades culturais. A convivência entre as culturas diversas postula o recíproco conhecimento, e não como um imperialismo cultural de que apenas os “outros” devem integrar-se, mas conhecer as culturas distintas e superar

²²² FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 49-50.

²²³ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 51-57.

²²⁴ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 53-57.

²²⁵ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 57.

o presunçoso analfabetismo cultural. É necessário o reconhecimento desses direitos e suas diversas dimensões, compreendendo o percurso de cada etapa e de todas elas, conjuntamente.

1.3.1 O reconhecimento dos direitos fundamentais e suas diversas dimensões

O pressuposto de validade de uma Constituição é que, em geral, ela seja socialmente eficaz e que somente o é quando um sistema jurídico promulgado com ela também seja socialmente eficaz.²²⁶ Partindo desse ponto é que se tenta compreender o caminhar do reconhecimento dos direitos fundamentais, nas suas mais diversas dimensões.²²⁷ Então:

A história do constitucionalismo é a história desta progressiva ampliação da esfera pública dos direitos. Uma história não teórica, mas social e política, dado que nenhum desses direitos caiu do céu que todos foram conquistados mediante rupturas institucionais: as grandes revoluções americana e francesa, os movimentos decimonônicos pelos estatutos, e, enfim, as lutas dos trabalhadores, feministas, pacifistas e ecológicas deste século. Pode-se dizer que as diversas gerações de direitos correspondem a outras tantas gerações de movimentos revolucionários: desde as revoluções liberais contra o absolutismo real de séculos passados, até as constituições deste século, incluídas a italiana de 1948 e a espanhola de 1978, nascidas da Resistência e do rechaço do fascismo, como pactos fundantes da democracia constitucional.²²⁸

²²⁶ ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, 2004, p. 124.

²²⁷ A terminologia “dimensões” será utilizada no mesmo sentido que “gerações”. Esta última é adotada por alguns pensadores, como é o caso de Luigi Ferrajoli, dentre outros. O termo “dimensões” é explicada por Ingo Sarlet, conforme será explanado na sequência do conteúdo.

²²⁸ FERRAJOLI, *Derechos y Garantías – La ley Del más débil*, 2006, p. 54. (Tradução nossa). “La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos. Una historia no teórica sino social y política, dado que ninguno de estos derechos cayó del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo. Se puede decir que las diversas generaciones de derechos corresponden a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios: desde las revoluciones liberales contra el absolutismo real de siglos pasados, hasta las constituciones de este siglo, incluídas la italiana de 1948 y la española de 1978, nascidas de la Resistencia y del rechazo del fascismo, como pactos fundantes de la democracia constitucional.”

É considerando essa contextualização histórica que se reconhece que, nos últimos dois séculos, o grau de vinculação dos poderes públicos ao ordenamento jurídico é um fenômeno que não pode ser dissociado da evolução política do Estado e da sociedade. Nessa linha Feldens²²⁹ afirma que, notadamente, a partir da noção inicial de Estado de Direito, restaram evidenciadas sucessivas mudanças de paradigma na esfera da teoria jurídica. Para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo é necessário contextualizar os fenômenos históricos que desencadearam essas modificações, os quais, na essência, são dois. Primeiramente, surge o Estado moderno, com o qual se afirma o princípio da legalidade como norma de reconhecimento no direito positivo e que se poderia apontar como surgimento do *Estado legal*. Num segundo momento, o qual se pode relacionar temporalmente ao período de pós-guerra, diz respeito a essa legalidade subordinada a constituições rígidas e marca o surgimento do Estado constitucional.

Numa concepção formal de direitos fundamentais, Ferrajoli²³⁰ propõe uma definição teórica, considerando direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos, enquanto dotados de *status* de pessoas, de cidadãos. Entretanto, tal concepção vincula-se apenas em relação aos direitos fundamentais positivados nas Constituições e nas leis nas atuais democracias.

No tocante aos direitos fundamentais do homem é de reconhecer-se que o princípio da dignidade humana tornou-se o epicentro do amplo rol de direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, que os instrumentos internacionais e as constituições em vigor “ofertam” aos indivíduos e à coletividade.²³¹

Oportuno se faz, nesse contexto, destacar novamente o pensamento de Bauman²³² em relação à compreensão “tempo/espço” e que encerra a multifacetada transformação dos parâmetros da condição humana, em que os processos globalizadores não têm a unidade de efeitos que comumente se supõe, ou seja, a globalização tanto divide quanto une; o que para alguns parece globalização, para outros significa localização; o que para alguns é sinalização de liberdade, para tantos

²²⁹ FELDENS, Luciano. *A Constituição penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 28-37.

²³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edição de Antonio de Cabo e Geraldo Pisarello. Madri: Trota, 2007, p. 19.

²³¹ CASTRO, Carlos Alberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. 2. ed. Rio De Janeiro: Forense, 2010, p. 22.

²³² BAUMAN, *Globalização – as consequências humanas*, 1999, p. 7-8.

outros é um destino indesejado e cruel: “ser local num mundo globalizado é sinal de privação e degradação social”. Mais do que isso: “uma parte integrante dos processos de globalização é a progressiva segregação espacial, a progressiva separação e exclusão.”²³³

Por tal motivo é que a teoria geral do garantismo, compreendida como um modelo de direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais e vai além ao preceituar que as práticas jurídicas se sujeitem formal e materialmente aos conteúdos constitucionais. Assim, compreende-se que se deve suplantar a mera democracia formal para se atingir a democracia material, para que os direitos fundamentais possam ser respeitados, garantidos e efetivados.²³⁴

Assim sendo, afirma Wolkmer²³⁵, deve-se compreender uma teoria crítica do direito como um instrumental operante que possibilite não apenas despertar, esclarecer e emancipar um sujeito histórico “submerso em determinada normatividade repressora, mas também discutir e redefinir o processo de constituição do discurso legal mitificado e dominante.” Seria, então, nessa concepção uma formulação “teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado em determinada formação social”, com a possibilidade de conceber, operacionalizar e efetivar objetivos a serem atingidos.

Ferrajoli²³⁶ sustenta que em relação às garantias constitucionais a rigidez das normas constitucionais impõe ao legislador ordinário dois tipos de garantias, as quais são “duas caras de uma mesma moeda” e se correspondem com a dupla natureza dos direitos fundamentais constitucionais, ou seja, como expectativas positivas e expectativas negativas. As garantias negativas consistem na proibição de derrogar. Já as garantias positivas caracterizam-se pela obrigação de aplicar o que dispõem as normas constitucionais. As garantias constitucionais negativas, que consistem em proibições, têm a ver com a inderrogabilidade da Constituição por parte do legislador ordinário e procuram impedir a produção de normas contrárias a ela. Já as positivas são indispensáveis para a efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

²³³ BAUMAN, *Globalização – as conseqüências humanas*, 1999, p. 8-9.

²³⁴ ROSA, *Decisão Penal: A bricolage de significantes*, 2006, p. 86.

²³⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19.

²³⁶ FERRAJOLI; MORESCO; ATIENZA, *La teoria del derecho en el paradigma constitucional*, 2008, p. 97-104.

Por sua vez, a história do constitucionalismo é a história de um progressivo alargamento da esfera dos direitos. Desde os direitos de liberdade, nas primeiras declarações de direitos e nas constituições do século XIX, ao direito de greve e direitos sociais nas constituições do século passado, até os novos direitos à paz, ao meio ambiente sadio e à informação, alguns deles ainda não totalmente constitucionalizados. Todos esses direitos são decorrentes de movimentos revolucionários, sejam eles liberais, sociais, feministas, ecologistas, pacifistas. Pode-se, então, dizer que a todas as gerações de direitos equivalem a outras tantas gerações de movimentos revolucionários.²³⁷

Os direitos fundamentais passaram pelas mais diversas transformações, desde o seu reconhecimento nas primeiras constituições, em relação ao seu conteúdo, à titularidade, à eficácia e efetivação. Fala-se da existência de três gerações de direitos, de quatro²³⁸ e até mesmo de outras gerações. Entretanto, algumas críticas têm sido dirigidas para o uso da terminologia “gerações” e Sarlet²³⁹ explica a opção pela utilização do termo “dimensões” dos direitos fundamentais. Isso porque o reconhecimento de novos direitos fundamentais de forma progressiva tem um caráter de complementariedade, de um processo cumulativo. O termo “gerações”, por sua vez, pode indicar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra. O que não ocorre.

Entretanto, para além da esfera terminológica empregada, o que resta evidente é que todas as conquistas formalizadas nas mais diversas constituições, desde a positivação dos direitos naturais do homem, sempre foram produtos de transformações, necessidades e anseios sociais.

Por isso que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, tratam-se de direitos históricos, nascidos em determinadas circunstâncias e caracterizados por inúmeras lutas em defesa de novas liberdades, contrários a velhos poderes, nascidos gradualmente “não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.²⁴⁰ E, embora tais direitos possam estar dispostos cronologicamente em diversas gerações, fases ou dimensões, suas espécies estarão sempre, em relação aos

²³⁷ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 36.

²³⁸ Paulo Bonavides é um dos estudiosos brasileiros que defendem uma quarta geração de direitos, o que será abordado na sequência.

²³⁹ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 45.

²⁴⁰ BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 5-6.

poderes constituídos, em apenas duas: “ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios.”²⁴¹

Ao tratar sobre as diferentes dimensões, Sarlet²⁴² indica como direitos fundamentais de primeira dimensão os chamados direitos civis e políticos e que, na sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental. Assumindo maior destaque, especialmente por sua inspiração jusnaturalista, estão os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por tantos outros, como a liberdade de expressão, garantias processuais, dentre outros. Os direitos econômicos, culturais e sociais são os de segunda dimensão e são direitos fundamentais que surgiram especialmente no século XX, nas constituições do pós-guerra, além de serem objetos de diversos pactos internacionais.

Os direitos de terceira dimensão são os denominados direitos de solidariedade e de fraternidade. Destacam-se os direitos fundamentais à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à utilização e conservação do patrimônio histórico e cultural. Esses direitos se distinguem pela sua titularidade coletiva.²⁴³

Bonavides²⁴⁴ afirma que, ao longo das revoluções e metamorfoses de dois séculos, quatro gerações sucessivas de direitos fundamentais buscam “reconciliar a relação do indivíduo com o poder, da sociedade com o Estado, da legalidade com a legitimidade, do governante com o governado.” Os direitos da terceira e da quarta gerações irão cimentar o Estado de direito da democracia participativa e direta do século XXI, pois sintetizam a “transubstanciação, a transnacionalização, a transobjetivação”, isto significa dizer que esses direitos “não se conferem a um só ente, não pertencem a uma só nação, não compendiam um só ordenamento jurídico.”²⁴⁵

Os direitos de quarta geração são apontados por Bonavides²⁴⁶ como o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a “concretização da sociedade aberta do

²⁴¹ BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 6.

²⁴² SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 46-47.

²⁴³ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 47-48.

²⁴⁴ BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa*, 2003, p. 353.

²⁴⁵ BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa*, 2003, p. 228.

²⁴⁶ BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa*, 2003, p. 258.

futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo minclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”

Portanto, os direitos do homem constituem uma classe variável e a história dos últimos séculos tem demonstrado que o elenco dos direitos modificou-se e continua a modificar-se, com as mudanças das condições históricas, dependendo das carências e dos interesses, das classes no poder e dos meios disponíveis para sua realização. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras culturas e em outras épocas.²⁴⁷

Sempre, na história, afirma Ferrajoli²⁴⁸, toda conquista de direitos e progresso de igualdade e garantias da pessoa tem sido determinada pelo desenvolvimento de discriminação e opressão de sujeitos mais débeis ou diferentes. Em certo ponto, essa discriminação tornou-se intolerável, ou seja, em um determinado momento, o “véu” de *normalidade* que ocultava as opressões dos sujeitos mais fracos foi desgarrando-se, com lutas e reivindicações. Isso ocorreu com a luta pela liberdade de consciência, no início da idade moderna; posteriormente, com a luta dos dissidentes políticos, batalhas por liberdade de imprensa e de opinião; lutas contra a exploração de trabalhadores e lutas sociais desses grupos; lutas contra opressão e discriminação das mulheres, pela emancipação e liberdade, dentre outras.

Hoje, o grande desafio da democracia é aquele gerado pela desigualdade crescente e cada vez mais intolerável entre países ricos e países pobres; entre as opulentas sociedades democráticas e aquelas que vivem em condições de miséria; entre os altos níveis de vida de alguns países, enquanto seres humanos ainda morrem de fome. Trata-se de uma desigualdade agravada com a aparente contradição entre o reconhecimento de garantias de direitos nas democracias e as exclusões decorrentes dessas “ricas” cidadanias democráticas e que resultam nas gritantes diferenças entre incluídos e excluídos; entre superiores e inferiores. Como a paridade de direitos gera um sentido de igualdade e com isso o respeito do outro como igual, do mesmo modo a desigualdade de direitos, sobretudo em sociedades fundadas sobre a igualdade interna, gera a imagem do outro como desigual.

²⁴⁷ BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 18.

²⁴⁸ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 37.

A imensa importância do tema que envolve os direitos do homem, hodiernamente, depende do fato dele estar ligado a dois problemas fundamentais que são a democracia e a paz, ou seja:

[...] o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das Constituições Democráticas e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional.²⁴⁹

Para além das mais diversas atitudes, sejam otimistas ou pessimistas, sejam realistas ou idealistas, os juristas precisam assumir as responsabilidades ligadas a sua profissão. Um sistema de garantias efetivas não nasceu milagrosamente, nem em poucos anos ou poucas décadas. Assim foi com o estado de direito e com as democracias, ainda frágeis e que somente se afirmaram com longas batalhas. Há que existir empenho e é nessa direção que se aposta também em relação ao direito internacional.²⁵⁰

Ainda falta dar um novo e grande “salto”. É aquele anunciado pela Carta das Nações Unidas e pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tanto com referência aos direitos de liberdade, como aqueles que estipulam direitos econômicos, sociais e culturais. Um salto que não depende somente da convivência mundial, mas da credibilidade das democracias nacionais. Esse é o pensamento de Ferrajoli²⁵¹, que ainda afirma:

²⁴⁹ BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 203.

²⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Forense, 2002, p. 62-63.

²⁵¹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 37-38.

Creio justamente que hoje não se pode falar decentemente de democracia, de igualdade, de garantias e de universalidade dos direitos humanos se não tomamos finalmente a ‘sério’ – segundo a feliz expressão de Ronald Dworkin – a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966; se continuamos fechando-nos nos confins estatais de nossas democracias, estendidas talvez aos da ‘fortaleza Europa’; se seguirmos dissociando direitos humanos e direitos de cidadão, preocupando-nos apenas destes e não daqueles. Depois da caída dos muros e do fim dos bloqueios, não existem mais pretextos para que a democracia – cujos triunfos celebramos – não se torne finalmente uma realidade [...].²⁵²

E é por isso que, na ótica ferrajoliana²⁵³, tornar real a democracia em sua dimensão transnacional e levar a sério os direitos humanos, solenemente proclamados nas constituições e nas Declarações Internacionais, é reconhecer o caráter supraestatal dos direitos fundamentais e em consequência desenvolver, em âmbito internacional, garantias como a concreta instituição da Corte Penal Internacional para os crimes contra a humanidade; a imposição de um sistema de obrigações internacionais para a proteção dos direitos sociais; o progressivo desarmamento dos Estados Membros das Nações Unidas e a qualificação de todas as armas como bens ilícitos.

Levar a sério os direitos fundamentais significa também ter a coragem de desvinculá-los da noção de cidadania e pôr fim a esse grande “apartheid” que exclui a grande maioria da humanidade e condena à fome milhares de seres humanos. Significa transformar em

²⁵² FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 37-38. (Tradução nossa) “[...] Creio justamente que hoy no puede ablaste decentemente de democracia, de igualdad, de garantías y de universalidad de los derechos humanos si no tomamos finalmente “em serio” – según la feliz expresión de Ronald Dworkin – la Declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966; si continuamos encerrándonos en los confines estatales de nuestras democracias, extendidos tal vez a los de la “fortaleza Europa”; si seguimos dissociando derechos humanos y derechos del ciudadano, preocupándonos solo de éstos y no de aquéllos. Después del la caída de los muros y del fin de los bloqueos, no existen más pretextos para que la democracia – cuyos triunfos celebramos – no se torne finalmente una realidad. [...]”.

²⁵³ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 38-39.

direitos das pessoas o direito reservado aos “cidadãos”, ou seja, o direito à residência e o direito de circulação nos países privilegiados.²⁵⁴

Para concluir esse tópico que envolve o reconhecimento dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões ressalta-se, mais uma vez, o pensamento garantista: para assumir um ponto de vista “realista”²⁵⁵, Ferrajoli²⁵⁶ afirma que se deve distinguir esse realismo a curto e a longo prazos. A hipótese menos realista é acreditar que a realidade pode permanecer como está, ou seja, que se pode manter a “fortaleza europeia” e continuar firmando ricas democracias e níveis de vida acomodados e despreocupados com a fome e a miséria do resto do mundo. Isso não pode durar. A pressão dos excluídos em um dado momento resultará irresistível. O direito e a democracia são construções humanas e dependem da política e da cultura, da força dos movimentos sociais, assim como do empenho de cada um.

1.3.2 A eficácia dos direitos fundamentais e a Constituição Brasileira de 1988

Certamente, afirma Ferrajoli²⁵⁷, o constitucionalismo é uma conquista e um legado do passado, senão o mais importante do nosso século e um programa para o futuro, num duplo sentido. Em primeiro lugar, no sentido que os direitos fundamentais incorporados nas constituições devem ser garantidos e satisfeitos concretamente e o garantismo estabelece as técnicas de garantias idôneas para assegurar o grau máximo de efetividade aos direitos constitucionalmente reconhecidos.

Em segundo lugar, o paradigma da democracia constitucional é embrional. Ele pode e deve ser estendido em uma tríplice dimensão: primeiramente, a garantia de todos os direitos, não apenas os de liberdade, mas também os sociais; em segundo lugar, frente a todos os

²⁵⁴ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 39.

²⁵⁵ Herrera Flores propõe quatro condições e quatro deveres básicos para uma teoria realista e crítica dos direitos humanos. São elas: assegurar uma visão realista do mundo, conscientes das dificuldades e dos obstáculos, saber onde se está e para onde ir; pensamento de combate, com um papel de conscientização; elaborar uma visão alternativa do mundo e lutar pela dignidade; buscar a exterioridade, não em relação ao mundo, mas em relação ao sistema dominante. Os deveres estão voltados ao reconhecimento de que todos têm possibilidades de reagir; o respeito; a reciprocidade; a responsabilidade e a redistribuição. Este seria para Herrera Flores o único caminho para uma nova cultura dos direitos. Flores, *A (re) invenção dos direitos humanos*, 2009, p. 60-69.

²⁵⁶ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 40-41.

²⁵⁷ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 35.

poderes, não apenas frente aos públicos, mas também aos privados; e, por fim, estendido a todos os níveis, não apenas do direito estatal, mas também do direito internacional. São três expansões, todas igualmente indispensáveis ao paradigma garantista e constitucional. O futuro do constitucionalismo jurídico, e com ele da democracia, somente resultará garantido por essa tríplice dimensão.²⁵⁸

A Constituição Federal garante ao cidadão uma série de direitos, tidos como fundamentais, ou seja, a Constituição está voltada à proteção do cidadão da prepotência do Estado quando se trata, especialmente, de ameaça aos direitos fundamentais e aos inerentes à dignidade humana.

O advento da democracia no segundo pós-guerra, a democratização social, resultante de políticas do *Welfare State*, bem como a redemocratização dos países que saíram dos regimes ditatoriais e autoritários resultaram em constituições, cujos textos positivaram os direitos fundamentais e sociais. À justiça constitucional confiou-se a guarda da vontade geral, positivando de modo permanente os princípios fundamentais na ordem jurídica.²⁵⁹

Para Marins Neto²⁶⁰, os direitos qualificados na Constituição Brasileira como fundamentais formam “uma fração do gênero dos direitos subjetivos, isto é, um *subgênero*, ou uma de suas *classes*.” Entretanto, afirma o autor, não se trata de algo à parte ou uma modalidade autônoma, mas formam um grupo especial daqueles, isto é, são direitos subjetivos marcados com um sinal particular “que é a sua qualidade de *fundamentais*, em contraposição a outros dela destituídos, que podem ser ditos *não-fundamentais*.”

Entretanto, os direitos humanos, antes de serem positivados nas constituições, integravam apenas uma espécie de moral jurídica universal. Na concepção de Sarlet²⁶¹, referiam-se ao ser humano como tal, ao passo que os direitos fundamentais, positivados nas constituições estão voltados às pessoas como membros de um ente público concreto.

Todavia, os direitos humanos, vistos como inerentes à própria condição e dignidade humana, acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelos modelos positivistas. Alerta o autor²⁶² para a terminologia adotada nas expressões: “direitos humanos” (ou direitos

²⁵⁸ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 35.

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Constitucionalização do Direito*- A Constituição como lócus da hermenêutica jurídica. André Andrade (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 7.

²⁶⁰ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais* – conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78.

²⁶¹ SARLET, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2010, p. 31-35.

²⁶² SARLET, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2010, p. 33-35.

humanos fundamentais) e “direitos fundamentais”, que apesar de significados distintos, não se tratam de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas. Assim, “os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados.”

A história do constitucionalismo, para Rosa²⁶³, é a progressiva ampliação da esfera pública dos direitos, de conquistas e rupturas. A Constituição, numa concepção garantista, deixa de ser meramente formal (normativa), mas busca resgatar o seu próprio conteúdo formador. Assim, para o autor “[...] ler a Constituição não sacia nem a fome, nem a sede, sendo necessário mais. E o futuro depende dessa decisão: concretizar a Constituição!”

No mesmo pensar de Rosa caminha o entendimento de Silva²⁶⁴, quando afirma que a Constituição da República de 1988 inaugurou no Direito Constitucional Brasileiro uma etapa de “grande fertilidade”. Isso ocorreu também em outros países ocidentais, a partir da segunda metade do século passado. Tal fato deu-se em virtude da centralidade assumida pelas constituições nos Estados Democráticos de Direito. Entretanto, ao tratar sobre a constitucionalização simbólica, a autora argumenta que a inserção na Constituição de cláusulas que não alcançam a realização, ou seja, permanecem inefetivas, acabam desempenhando funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica.

A constante inefetividade das normas constitucionais acaba por frustrar a função normativa destas, vez que não conseguem conformar os fatos da vida. Então, vislumbra-se como pressuposto material para o desenvolvimento da força normativa da Constituição a correspondência desta com os anseios e com as aspirações de melhora das condições de vida da comunidade.²⁶⁵

Não há dúvidas, afirma Oliveira Neto²⁶⁶, de que a Carta Constitucional de 1988 é uma Constituição do Estado Social, com todas as particularidades decorrentes e que permeiam as maneiras de compreendê-la, ou seja, não é mais um problema de declarar os direitos

²⁶³ ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo Penal eficiente e ética da vingança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 44-45.

²⁶⁴ SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 3; 39; 86.

²⁶⁵ SILVA, *Concretizando a Constituição*, 2005, p. 86.

²⁶⁶ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. *Atividade Jurisdicional sob o enfoque garantista*. Curitiba: Juruá, 2002, p.96-98.

fundamentais, senão de garanti-los, de torná-los efetivos, de concretizá-los.

À Constituição de 1988 são atribuídas, consensualmente, três características que, segundo Sarlet²⁶⁷, podem ser extensivas ao título dos direitos fundamentais: seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente²⁶⁸. Mas talvez, reforça o autor, a mais significativa inovação tenha sido a do artigo 5º, § 1º²⁶⁹ preceituando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata excluindo, em princípio, o cunho programático desses preceitos.

Acreditando nessas aspirações e nessa consciência do direito a ter melhores condições de vida é que se faz relevante a contribuição do pensamento de Santos²⁷⁰, quando coloca ser verdadeiro que as sociedades contemporâneas são cada vez mais desiguais e que, a todo tempo, essas desigualdades assumem novas dimensões. Porém, salienta o autor, apesar desse mundo desigual, cada vez mais, os cidadãos e especialmente as classes populares têm consciência dessa desigualdade, de que é injusta e viola os seus direitos.

Streck²⁷¹ afirma que um dos fatores que colaboraram para a pouca importância que por vezes se dá à Constituição é de que as constituições brasileiras, até o surgimento da atual, haviam sempre deixado ao legislador a incumbência de efetivar os valores, direitos ou objetivos materiais do texto constitucional, transformando-se em uma mera lista de propósitos. Diante disto, o legislador ordinário era o dono absoluto dos conteúdos das constituições, o que lhe permitia desenvolvê-los com maior ou menor amplitude ou, até mesmo, desconhecê-los.

Entretanto, o acolhimento dos direitos sociais, na atual Constituição, em capítulo próprio, no catálogo dos direitos

²⁶⁷ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 64.

²⁶⁸ Explica Sarlet que o caráter analítico é decorrente do grande número de dispositivos legais (246 artigos e 74 disposições transitórias), o que faz da Constituição Brasileira de 1988 uma Constituição analítica. O pluralismo, no título dos direitos fundamentais, configura-se pela quantidade de dispositivos reconhecendo direitos sociais, ao lado dos direitos clássicos e de outros tantos novos direitos de liberdade, direitos políticos, dentre outros. Seu cunho programático e dirigente resta evidenciado nas diversas reformas ocorridas e do grande número de disposições constitucionais que dependem de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, diretrizes e serem perseguidas, implementadas e asseguradas pelos poderes públicos. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 64-66.

²⁶⁹ Artigo 5º, § 1º “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

²⁷⁰ SANTOS, *Para uma revolução democrática da justiça*, 2007, p. 10.

²⁷¹ STRECK, *Jurisdição Constitucional e hermenêutica*, 2004, p. 215-216.

fundamentais, evidencia de forma inquestionável sua condição de autênticos direitos fundamentais, uma vez que nas constituições anteriores tais direitos encontravam-se positivados no capítulo destinado à ordem econômica e social. E mais: a amplitude do catálogo de direitos fundamentais, aumentando o rol dos direitos protegidos, é outra característica positiva a ser realçada²⁷².

A questão do discurso normativo da Constituição Brasileira como sistema de garantias é abordado por Cademartori²⁷³, quando afirma que ela consagra, no decorrer do seu texto, e não apenas no título específico, garantias à pessoa frente ao poder. Assim, além das garantias expressas no espaço específico²⁷⁴, a Constituição traz inúmeras garantias implícitas, ou seja, a enumeração é exemplificativa e não exaustiva. O fato é decorrente tanto do modelo de Estado Constitucional de Direito, quanto do preceito constitucional expresso²⁷⁵. Nesse mesmo sentido, Sarlet²⁷⁶ coloca que se for comparada a Constituição de 1988 com o direito constitucional positivo anterior, constata-se significativas inovações, ou seja, pela primeira vez, no constitucionalismo pátrio, o tema foi tratado com a merecida relevância. E no que diz respeito ao processo de sua elaboração, não se pode deixar de frisar a vinculação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional com o processo da grande dimensão das discussões oportunizadas com a redemocratização do País, após mais de uma década de ditadura militar.

Entretanto, apesar desses avanços significativos no âmbito da Constituição Brasileira, importante é a reflexão proposta pelo expoente garantista²⁷⁷ quando afirma que o enunciado constitucional dos direitos dos cidadãos a prestações positivas advindas do Estado não foi acompanhada pela elaboração de adequadas garantias sociais ou positivas, quer dizer, de técnicas de defesa e possibilidades de serem aduzidas em juízo, quando comparadas àquelas apresentadas pelas garantias liberais que tutelam os direitos de liberdade.

As prestações positivas do Estado voltadas aos cidadãos são resultantes do crescimento, neste século, do *Welfare State* e da

²⁷² SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 66-67.

²⁷³ CADEMARTORI, *Estado de Direito e legitimidade* – uma abordagem garantista, 2007, p. 226.

²⁷⁴ Constituição Federal de 1988 - Título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” – artigos 5º ao 17º.

²⁷⁵ Constituição Federal de 1988: art. 5º § 2º “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

²⁷⁶ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 63.

²⁷⁷ FERRAJOLI, *Direito e Razão* - Teoria do garantismo penal, 2002, p. 692.

multiplicação das funções públicas do tipo econômico e social. Entretanto, afirma Ferrajoli²⁷⁸, tal desenvolvimento apareceu, em grande parte, com o mero “alargamento dos espaços de discricionariedade dos aparatos burocráticos, o jogo sem regulação dos grupos de pressão e das clientelas, a proliferação das discriminações e dos privilégios [...]”, dentre outros. Isso evidencia que não foi, ainda, nem teorizado e nem realizado um Estado social de direito:

[...] caracterizado – antes que por concessões – por obrigações taxativamente estabelecidas e sancionadas, de direitos claramente definidos e acionáveis com respeito aos órgãos públicos exatamente individualizados e, portanto, pela certeza, pela legalidade e pela igualdade na satisfação das expectativas.²⁷⁹

E é nesse sentido que Streck²⁸⁰ reforça o argumento de que a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais-sociais. Muito mais que uma classificação ou evolução histórica, o Estado faz uma síntese das fases anteriores, agregando e suprimindo lacunas das etapas anteriores, voltadas à necessidade do resgate das promessas da modernidade tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se “acopla o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança dos *status quo* da sociedade.”

No contexto brasileiro, a ausência de ampla organização autônoma da sociedade contribui para que os interesses corporativos prevaleçam. A representação política não tem sido eficaz para resolver os grandes problemas da maior parte da população. A desigualdade é a escravidão de hoje.²⁸¹

Assim se mantém o eterno problema da efetivação dos direitos fundamentais, podendo-se destacar o imenso distanciamento das populações (ou o distanciamento entre os ricos e pobres) e, paradoxalmente, em muitos países onde se consagram, formalmente, um intenso rol de direitos fundamentais, não se tem alcançado o menor grau

²⁷⁸ FERRAJOLLI, *Direito e Razão* - Teoria do garantismo penal, 2002, p. 692-693.

²⁷⁹ FERRAJOLLI, *Direito e Razão* - Teoria do garantismo penal, 2002, p. 693.

²⁸⁰ STRECK, *Constitucionalização do Direito* - A Constituição como lócus da hermenêutica jurídica, 2003, p. 7.

²⁸¹ CARVALHO, *Cidadania no Brasil* - o longo caminho, 2011, p. 9.

de efetivação. Deve-se reconhecer que apesar dos significativos avanços da Constituição Brasileira de 1988, os direitos fundamentais reconhecidos, positivados e assegurados carecem de efetivação que se voltem às aspirações de melhorar as condições sociais de milhares de pessoas.

Historicamente, os direitos humanos nasceram para proteger a liberdade do homem em relação ao Estado. Entretanto, esses direitos compõem uma esfera variável, e nos últimos séculos, a história tem demonstrado que o rol dos direitos modificou-se e continua a modificar-se, dependendo das transformações históricas, dependendo das carências e dos interesses, das classes no poder e dos meios disponíveis para sua realização. Este capítulo possibilitou compreender esta historicidade e seus desdobramentos.

Destaca-se, ainda, a importância de compreender, através dos diversos pensadores referenciados, que o garantismo jurídico, com seus contornos próprios, enquanto teoria jurídica e nas suas diversas acepções, seja como modelo normativo de direito, seja como teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas e, ainda, como filosofia do direito, está vinculado ao respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais.

No capítulo que segue, a primeira proposta reflexiva estará voltada à política criminal, à criminologia e à dogmática jurídico-penal. Partindo dessa reflexão, a compreensão do tema proposto neste estudo tornar-se-á mais compreensível. Além disso, objetiva-se compreender quais são as condutas delitivas que têm aprisionado tantas mulheres nas últimas décadas, bem como a questão dos direitos fundamentais inerentes à condição de mulher presa e alguns aspectos do contexto social dessas mulheres.

As temáticas até então abordadas, bem como as que serão tratadas no próximo capítulo, servem para que se possa compreender a questão central deste estudo. Há nele vários temas que se complementam e por esta necessidade interdisciplinar é que se dá uma abordagem ampla sempre voltada à dignidade humana.

CAPÍTULO II

2 DOGMÁTICA PENAL, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL: DO MINIMALISMO AO EXPANSIONISMO DO SISTEMA PENAL E O APRISIONAMENTO DE MULHERES

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.

(Luigi Ferrajoli)

À medida que os homens se voltam para suas esferas particulares e veem somente a si mesmos, não deixam de apelar ao Estado para que lhes garanta uma proteção mais constante e mais vigilante. O estado policial, desta forma, como afirma Lipovetsky²⁸², é “desejado pelos indivíduos agora isolados e pacíficos, nem que seja para denunciar regularmente a sua natureza repressiva e os seus excessos.” Há crescimento dos efetivos e dos poderes de polícia; a multiplicação das leis penais; a vigilância sistemática das populações. São esses alguns dos efeitos fatais, apontados pelo filósofo, do Estado moderno que criou o indivíduo socialmente desligado de seus semelhantes, mas em troca este mesmo indivíduo, em virtude do isolamento, da falta de belicosidade, do medo da violência cria condições constantes para o crescimento da força pública, exigindo proteção regular, sem falhas, por parte dos órgãos estatais.

Nas últimas décadas, ressalva Zaffaroni²⁸³, vivenciou-se uma notória transformação regressiva no campo da denominada política criminal ou política penal, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas passou-se, quase sem solução de continuidade, ao “debate

²⁸² LIPOVETSKY, *A era do vazio* – ensaios sobre o individualismo contemporâneo, 2005, p. 165.

²⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, Revan, 2007, p. 13.

da expansão do poder punitivo. Nele, o tema do inimigo da sociedade ganhou o primeiro plano de discussão.”

Vive-se hoje num mundo mais difícil, constata Young²⁸⁴, pois há um rol de escolhas de vida bem mais amplo do que outrora; as vidas não estão tão firmemente embasadas no trabalho e nos relacionamentos; o cotidiano das pessoas é experimentado com uma série de encontros portadores de riscos, sejam eles reais ou embasados em medos e apreensões. É o sentimento de insegurança, tanto materialmente quanto ontologicamente. Habita-se num mundo de diferenças maiores; as regras mudam constantemente e variam entre os grupos sociais; os meios de comunicação de massa tornaram-se um elemento-chave na vida das pessoas e os relacionamentos mediados tornam-se tão importantes quanto os encontros face a face.

E por isso a evolução das ciências penais e criminológicas caminha para um modelo integrado, imposto pela necessidade de um método interdisciplinar e pela unidade do saber científico. Dessa forma, Molina e Gomes²⁸⁵, admitem que criminologia, política criminal e direito penal são os três pilares do sistema das ciências criminais, inseparáveis e interdependentes. Assim, neste capítulo, busca-se compreender as três esferas desse saber incumbidas, cada qual da sua forma, mas com um objetivo maior e comum que é a resposta a ser dada ao delito, em um Estado Democrático de Direito, com respeito às garantias que lhes são inerentes.

Andrade²⁸⁶, de igual modo, enfatiza a necessidade de recuperar a dignidade da política criminal, pois se outrora o reinado das ciências criminais já esteve com a dogmática penal e, após, com a criminologia, hoje, esse lugar pertence à política criminal “em plena revisão de sua identidade política epistemológica”.

No capítulo primeiro deste trabalho, tratou-se sobre a dignidade da pessoa humana. De acordo com a concepção kantiana, a dignidade é o reconhecimento de que o indivíduo é um fim em si mesmo e, em decorrência disso, não poderá ser instrumentalizado para a concretização de fins estatais ou de qualquer outra natureza.

²⁸⁴ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente* – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 12.

²⁸⁵ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 164.

²⁸⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dos discursos enunciados aos discursos silenciados: recuperando a dignidade da política criminal pelo e para o homem. In: CARVALHO, Salo de. (prefácio à 1ª edição) *A política criminal de drogas no Brasil* – estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. xxiv.

Ao tratar de direitos humanos deve-se também, focalizar o “direito a Ser Humano”, pois, de acordo com Groeninga²⁸⁷, os seres humanos são resultado da dinâmica do conflito, inerente à própria vida. Um conflito é mais do que uma pretensão objetivamente resistida, uma vez que ele contém uma legítima pretensão subjetiva: “a do ser em ser compreendido enquanto ser humano, em seu direito a ser humano, com todos os níveis de constituição.”

De suma importância, também, foi a abordagem feita sobre os direitos fundamentais. Eles são provenientes do reconhecimento da liberdade e da dignidade, inseridos nas Declarações Internacionais de Direitos e nas Constituições Democráticas, como uma conquista das ideias que deram suporte para a criação do Estado de Direito e da Democracia, como é a conquista de direitos, nas suas mais diversas dimensões. São vistos como um processo de fazer-se e de complementar-se permanentemente como, por exemplo, os direitos de primeira e de segunda dimensão. Os primeiros vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às mais diversas formas de opressão, com especificidade de direitos “negativos”; os segundos, voltados aos direitos sociais, econômicos e culturais, ensejando garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do poder público e com alcance “positivo”.²⁸⁸

O garantismo jurídico designa um modelo de direito voltado a garantir direitos subjetivos e a tutela de todos os direitos fundamentais e que representam o alicerce do Estado Democrático de Direito, seja nas obrigações positivas impostas ao Estado, no âmbito social, seja nas obrigações negativas impostas a ele, privilegiando as liberdades dos cidadãos. A abordagem anterior sobre o *garantismo penal*, voltado à defesa dos direitos de liberdade, especialmente da liberdade pessoal, e que se desenvolveu como teoria e como prática jurídica, em oposição à violação de princípios constitucionais e contra o arbítrio punitivo, servirá como base teórica para demonstrar as questões do cárcere, da mulher, das drogas e suas nefastas consequências.

O estudo voltado ao contexto prisional feminino terá, inicialmente, como foco a política criminal, a criminologia e a

²⁸⁷ GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In: *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. GROENINGA Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenadores). Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 104.

²⁸⁸ WOLKMER. Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma nova teoria geral dos “novos direitos”. In: WOLKMER. Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7-8.

dogmática jurídico-penal, especialmente, a (des) vinculação existente entre esses institutos. Partindo dessa reflexão, o tema proposto neste estudo, envolvendo a questão prisional e as mulheres presas, torna-se mais compreensível.

Muito mais do que isso: busca-se compreender quais são as condutas delitivas que têm aprisionado tantas mulheres nas últimas décadas, a questão dos direitos fundamentais inerentes à condição de mulher presa e alguns aspectos do contexto social desse grupo, possibilitando, no capítulo final, direcionar o foco para a família, para os filhos e para as consequências familiares da prisão.

2.1 DOGMÁTICA PENAL, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

A expressão “política criminal” é empregada desde o século XVIII, em diferentes sentidos, mas foi perdendo, com sua difusão, conteúdo semântico. Hodiernamente, afirmam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar²⁸⁹, a política criminal é considerada um saber que tem importância para a dogmática jurídico-penal e não diz respeito apenas aos legisladores, mas também aos intérpretes e aos juízes. Estes últimos também tomam decisões. De outra banda, não há como se referir à política criminal sem considerar o exercício real do poder punitivo, não se concebendo que se ocupasse apenas das disposições inerentes ao legislador à margem das características estruturais de um sistema, no qual será concretamente exercido o poder punitivo, em decorrência de tais normas.

De igual forma, a política criminal contemporânea deve buscar a valoração da estrutura do sistema penal e de suas propostas, ou seja, reconhecer um forte componente de política institucional. Assim, “a política criminal é resultante da interdisciplinariedade do direito penal com a ciência política e especialmente com a engenharia institucional.”²⁹⁰

Por outro lado, nas sociedades contemporâneas, a efetivação de programas de política criminal pressupõe assumir, consciente ou inconscientemente, os fundamentos políticos da criminologia etiológica ou da criminologia crítica²⁹¹, tratando-se de postulados filosóficos e

²⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. 2. ed. Rio De Janeiro: Revan, 2003, p. 274-275.

²⁹⁰ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro – I*, 2003, p. 275.

²⁹¹ A diferenciação entre a criminologia etiológica e a criminologia crítica é conteúdo a ser abordado em tópico posterior.

métodos científicos diametralmente opostos. Com essa afirmação, Santos²⁹², argumenta que os programas de política criminal da criminologia etiológica consistem em indicações técnicas de mudanças da legislação penal para “[...] corrigir disfunções identificadas por critérios de eficiência ou de efetividade do controle do crime e da criminalidade – com os desastrosos resultados práticos conhecidos.” Já a proposta dos programas de política criminal da criminologia crítica está fundada em um “[...] direito penal mínimo, orientado pela idéia de abolição do sistema penal, como objetivo estratégico final.”²⁹³

Entretanto, adverte Argüello²⁹⁴, o pano de fundo teórico da atual segregação punitiva continua sendo uma criminologia positivista que “mistifica os mecanismos de seleção e de estigmatização da criminalidade, atribuindo-lhe simultaneamente uma justificativa ontológica de base científica” e, assim sendo, acaba contribuindo para a construção de estereótipos sobre a criminalidade e o criminoso.

Para Carvalho²⁹⁵, o desenvolvimento de discursos criminológicos distintos gerou perspectivas díspares na área de política criminal.²⁹⁶ Essa desagregação das disciplinas que compõem as ciências criminais resultou em incapacidade de diálogo e de desenvolvimento simétrico de institutos. Entretanto, na atualidade, mesmo que de forma embrionária, existem projetos que buscam reconstruir as ciências criminais, capazes de harmonizar, desde as concepções criminológicas e político-criminais problematizadoras, o direito e o processo penal.²⁹⁷

²⁹² SANTOS, *Criminologia e política criminal*, 2007, p. 109.

²⁹³ SANTOS, *Criminologia e política criminal*, 2007, p. 109.

²⁹⁴ ARGÜELLO, Katie. Do Estado Social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. In: *A criminologia no século XXI*. Walter Barbosa Bittar (Coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 127.

²⁹⁵ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 13.

²⁹⁶ Explica Carvalho que se percebe o isolamento da dogmática das demais ciências: o *direito penal* desenvolve saber autônomo e próprio, altamente sofisticado, especialmente na teoria do delito e, por sua vez, as teorias da pena fornecem legitimidade ao justificar a intervenção penal, sendo a execução o ponto de abertura à auxiliaridade criminológica. O *processo penal*, desgarrado de seu campo de origem, perdeu a dimensão epistemológica das ciências criminais. Em virtude do desenvolvimento da teoria geral do processo, foi para outra esfera do poder, alheio à discussão penal, criminológica ou político-criminal. E, por fim, a *criminologia*, fragmentada, desenvolve duas linguagens distintas: a criminologia positivista, vinculada ao direito penal dogmático e a criminologia da reação social, em harmonia com as teorias sociológicas. CARVALHO, *Antimanual de criminologia*, 2010, p. 13.

²⁹⁷ Carvalho aponta três obras, que partem de perspectivas críticas distintas, e que são exemplares nessa (re)construção: Fundamentos do Direito Penal de Hassemer; Direito e Razão de Ferrajoli e Direito Penal Brasileiro de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar. As três obras possibilitam “pensar a (re) construção, desde perspectiva problematizadora, do modelo integrado de ciências criminais. Suas estruturas trazem, inclusive, elementos que podem servir de base e de inspiração para as necessárias alterações curriculares dos programas de criminologia, direito penal e direito processual penal, os quais ainda sofrem os efeitos da desagregação que dominou o século XX.” CARVALHO, *Antimanual de criminologias*, 2010, p. 14-15.

O objetivo do direito penal é uma meta política. Entretanto, aduzem Zaffaroni e Pierangeli²⁹⁸ “ainda que se tutelem mais os bens jurídicos de uns que de outros, o direito penal deve tender a diminuir estas diferenças e procurar a igualdade de tutelas” e mesmo que o “sentimento de segurança jurídica” seja coletivo e se dilua na pluralidade de grupos antagônicos, o direito penal deve contribuir para reduzir os antagonismos, fomentando a integração. O sentimento dessa segurança será maior na medida em que a estrutura social se torne mais justa. Quanto maior a justiça social, cada homem poderá sentir que é maior o espaço social de que dispõe e, conseqüentemente, não haverá aumento dos antagonismos e das contradições.

Contextualizando o transcorrer histórico das formas de punição, relevante é relembrar que a transição da antiga para a moderna justiça penal, e que ocorre na passagem do século XVIII para o XIX, não significou o permutar de formas indiferenciadas, confusas e bárbaras a formas racionais e humanizadas de castigos, mas a passagem de uma arte de punir a outra²⁹⁹. No dizer de Foucault³⁰⁰, é a passagem dos suplícios, “com seus rituais de ostentação, com sua arte misturada à cerimônia do sofrimento, a penas de prisão enterradas em arquiteturas maciças e guardadas pelo segredo das repartições [...]”.

A rede carcerária, afirma Foucault³⁰¹, em suas formas concentradas ou disseminadas e com seus sistemas de inserção, distribuição, observação e vigilância foi o grande apoio do poder normalizador, na sociedade moderna.

A política criminal tem sua origem na Itália, na segunda metade do século XVIII, com a obra de Beccaria, voltada à reflexão sobre as formas eficazes de prevenção do delito. Com a descrição do aspecto legislativo para atingir essa finalidade, a teoria do direito penal de cunho meramente descritivo e submisso às funções declarativas da lei penal volta-se à busca de soluções para o problema da criminalidade.³⁰² Carvalho³⁰³ aponta duas definições de política criminal: a de Feuerbach, no século XIX, “como o conjunto de procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime”; e a de Liszt, no início do

²⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal Brasileiro* – parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93-94.

²⁹⁹ ANDRADE, *A ilusão da Segurança Jurídica*, 2003, p. 196.

³⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões. 28. ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 215.

³⁰¹ FOUCAULT, *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões, 2004, p. 12.

³⁰² CARVALHO. Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil* (estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06). 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 87.

³⁰³ CARVALHO, *A política criminal de drogas no Brasil*, 2010, p. 87-88.

século XX, que centralizou seus estudos nas relações entre política criminal e direito penal. Assim sendo, as duas funções primordiais do novo ramo das ciências criminais seriam a de criticar a legislação penal vigente à luz dos fins do direito penal e da pena e propor reformas, adequando a lei à realidade. Então, com Liszt, a política criminal nasceria como ciência, uma vez que é nele que se encontra a projeção da política criminal orientada cientificamente.

Dessa forma, afirma Carvalho³⁰⁴, aproveitando-se desse legado (das noções tradicionais sobre a política criminal de Beccaria e Feurebach, com o processo de independência científica de Rocco e, especialmente de Liszt) Marc Ancel cria o movimento político-criminal de maior aceitação pela comunidade científica das ciências criminais do século XX, denominado a *Nova Defesa Social* (NDS). A política criminal, nesta concepção, direciona o seu foco na luta contra o crime, nas esferas legislativa, judiciária e penitenciária.

Desses incessantes processos de mudança social, de antigas e novas propostas, dos avanços e descobertas da criminologia é que surgem, como aduz Batista³⁰⁵, princípios e recomendações para a “reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal” e volta-se a cada etapa do sistema penal, ou seja, na instituição policial, como política de segurança pública; na instituição judicial, como política judiciária; na instituição prisional, como política penitenciária. Todas integrantes da política criminal.

Entretanto, nesse processo evolutivo, Baratta³⁰⁶ enfatiza que, apesar da reação ocorrida dos anos 1930 em diante à concepção patológica da criminalidade, a matriz positivista continua fundamental na história da disciplina até os dias atuais. As escolas sociológicas que se desenvolveram especialmente nos Estados Unidos, como “sociologia criminal” em oposição à “antropologia criminal” continuaram por muito tempo, e ainda continuam a considerar a criminologia como estudo das “causas da criminalidade”, mesmo que tenha havido o deslocamento dos fatores “biológicos e psicológicos” para os “sociais”. O modelo positivista da criminologia - paradigma *etiológico* - como estudo das causas ou dos fatores da criminalidade, prevendo medidas adequadas e

³⁰⁴ CARVALHO, A. *Política criminal de drogas no Brasil*, 2010, p. 88-89.

³⁰⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34.

³⁰⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 30.

intervindo no sujeito criminoso – *correcionalismo* – permanece dominante na sociologia criminal contemporânea.

Porém esse modelo de considerar a criminalidade como um dado pré-constituído foi posto em dúvida e substituído (mesmo que parcialmente, como acima referido) por um novo paradigma científico, o do *labeling approach* – *paradigma da reação social*, que considera o crime como um comportamento definido pelo direito e o “o repúdio do determinismo e da consideração do delinquente como um indivíduo diferente, são aspectos essenciais da nova criminologia.”³⁰⁷

Em sendo assim, a política criminal definida como o conjunto de princípios e recomendações para agir contra o fenômeno delitivo, através do sistema penal e a política criminal atuando como “conselheira” dos órgãos de segurança pública, sofreu grande abalo, especialmente nos anos 1960, a partir do surgimento das correntes críticas da criminologia. Como consequência das pesquisas criminológicas, concluiu-se que a reação contra o delito conduzida pelas agências oficiais de punitividade caracteriza-se pela seletividade e pela desigualdade, gerando, inúmeras vezes, danos superiores aos do próprio delito praticado. As correntes críticas partem, então, para a construção de modelos alternativos de controle social, restringindo ao máximo a atuação das agências de persecução, ou seja, as políticas criminais alternativas propõem novas formas, na sua grande maioria, voltadas à descriminalização, como gestão do fenômeno delitivo.³⁰⁸

Com efeito, não há como negar a necessidade de aproximação da dogmática penal com a política criminal e com a criminologia. A concepção é de Schmidt³⁰⁹, ao afirmar que essa aproximação não é no sentido de que a criminologia deva simplesmente orientar a reforma da legislação penal, mas que o direito vigente deve valer-se de premissas criminológicas. E nesse diapasão o direito penal não pode ignorar as informações que possa proporcionar-lhe a criminologia sobre os efeitos que possam advir de uma pena na vida futura do autor do delito. Trata-se de uma orientação metodologia, afirma o autor, uma vez que, contemporaneamente, o tempo presente também é da criminologia, a qual, em sua visão crítica, deixa de ser uma ciência exclusivamente empírica para tornar-se, também, valorativa. Significa afirmar que na

³⁰⁷ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 30.

³⁰⁸ CARVALHO, *A política criminal de drogas no Brasil*, 2010, p. 89-90.

³⁰⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. O papel da criminologia na ciência penal contemporânea. In: *A criminologia no século XXI*. Walter Barbosa Bittar (Coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 57-59.

ciência penal contemporânea a fronteira entre política criminal e criminologia encontra-se cada vez mais reduzida.

Sob a mesma ótica, Carvalho³¹⁰ afirma que é impensável uma dogmática “una”, alheia aos problemas concretos e aos fatores de risco que caracterizam situações distintas. Por isso é imprescindível a abertura da dogmática, começando pela aproximação com a realidade da vida, uma vez que as peculiaridades de casos envolvendo, por exemplo, “drogas, violência de gênero, meio ambiente, sistema financeiro, crimes patrimoniais, exigem sofisticação das estruturas do direito e do processo penal, sem que isto represente ruptura com o sistema de garantias”.

Há uma tendência do saber do direito penal de inventar “ciências cervis”, denominadas de “ciências auxiliares”.³¹¹ Entretanto, a interdisciplinariedade do direito penal com a criminologia é tão grande que algumas vezes torna-se impossível distinguir seus respectivos âmbitos, em decorrência do entrelaçamento dos discursos pela luta de poder entre corporações disputando a hegemonia da questão criminal. Em consequência, partindo da perspectiva descritiva e histórica, afirma-se que “[...] a criminologia é a série de discursos que explicaram o fenômeno criminal, segundo o saber das corporações hegemônicas em cada momento histórico.”³¹² Em decorrência desse domínio discursivo, pode-se observar uma luta de corporações que, quando “conseguem a hegemonia, disciplinam, silenciam ou ignoram os discursos dos demais, muito embora a corporação jurídica não tenha sido senão uma dessas agências em disputa.”³¹³

É de fundamental importância, nesse contexto, frisar o pensamento de Batista³¹⁴ de que hoje o campo da política criminal tem uma amplitude enorme. Não é mais concebível reduzi-la ao papel de ‘conselheira da sanção penal’ limitando-a a indicar ao legislador onde e quando criminalizar condutas.

Inconcebível, então, na complexidade da vida contemporânea, compreender o direito e o processo penal sem analisar os problemas específicos que envolvem as distintas condutas que permeiam o universo de ilicitude. Nesse pensar é que Carvalho³¹⁵ afirma que o direito e o processo penal não podem ficar “isentos dessa contaminação,

³¹⁰ CARVALHO, *Antimanual de criminologia*, 2010, p. 26.

³¹¹ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro –I*, 2003, p. 272-277.

³¹² ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro –I*, 2003, p. 277.

³¹³ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro –I*, 2003, p. 277.

³¹⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 34.

³¹⁵ CARVALHO, *Antimanual de criminologia*, 2010, p. 27.

sob pena de a lacuna entre normatividade e realidade social atingir nível patológico”.

A proposição inovadora do pensador garantista³¹⁶ para minimizar a crise das ciências criminais do século XXI é do desenvolvimento do pensamento criminológico problematizador. O campo de investigação da criminologia pós-crítica estaria voltado ao estudo do “crime e do funcionamento do sistema de justiça penal, conectando-se à dogmática penal com a finalidade de possibilitar chaves de interpretação das variáveis inerentes a cada espécie de conflito”. Dessa forma, para o autor, esse novo modelo integrado de ciências criminais, como criminologia pós-crítica, atuaria como “[...] problematizadora da dogmática e facilitadora da política criminal, apontando alternativas à redução dos danos causados pelas violências privadas (delito) e públicas (abuso dos poderes penais).”

De qualquer sorte, se em meio à “tormenta punitiva” na qual incumbe ao direito penal reafirmar seu caráter de saber redutor e limitador do poder punitivo, necessária é a integração interdisciplinar, com a elaboração de um saber jurídico-penal fundado em uma teoria agnóstica ou negativa do poder punitivo, com capacidade para absorver os elementos e dados fornecidos pela sociologia e pela criminologia, fundamentalmente em relação à operatividade real dos sistemas penais.³¹⁷ Para os pensadores, suas propostas não podem ignorar os dados fornecidos pela criminologia no que diz respeito à realidade social do exercício do poder punitivo, à sua violência, à sua seletividade, a seus efeitos deteriorantes, fomentadores de conflitividade. Sem tais informações o direito se perderia, sustentando soluções realmente paradoxais. Na ausência dessa integração, o discurso jurídico-penal perde seu rumo, pois ninguém pode controlar aquilo que de fato ignora.

Nesse pensar apresenta-se a proposição de um novo conceito de criminologia, como complemento indispensável do direito penal de contenção punitiva e que traduz o que foi exposto. Assim, criminologia é “o conjunto de conhecimentos, de diversas áreas do saber, aplicados à análise e crítica do exercício do poder punitivo, para explicar sua operatividade social e individual e viabilizar uma redução em seus níveis de produção e reprodução de violência social”.³¹⁸

³¹⁶ CARVALHO, *Antimanual de criminologia*, 2010, p. 27.

³¹⁷ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro –I*, 2003, p. 287-288.

³¹⁸ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito Penal Brasileiro –I*, 2003, p. 288.

Essas resflexões vêm reforçar a questão principal que envolve este estudo, voltado ao aumento significativo de mulheres privadas de liberdade. Trata-se de uma nova realidade, de uma especificidade de cunho social, cujas consequências produzidas pelas agências de punibilidade que conformam a dogmática penal, por certo, não darão conta.

2.1.1 Enfoque criminológico-crítico: do paradigma etiológico ao paradigma da reação social e à criminologia crítica

O objeto de estudo da criminologia etiológica é o delinquente e a criminalidade, concebidos como realidades ontológicas preexistentes ao sistema de justiça criminal e fundamentadas pelo método positivista de causas biológicas, psicológicas e ambientais. Já na criminologia crítica o objeto e o método de estudo são diversos: o objeto é deslocado do criminoso e da criminalidade (como dados ontológicos preexistentes) para o processo de criminalização de sujeitos e de fatos (como realidades construídas pelo sistema de controle social).³¹⁹

O paradigma do *labeling approach*, que se originou da criminologia fenomológica americana de meados do século XX, considerado como um novo paradigma e como uma revolução científica em teoria criminológica, tem seu foco de estudo voltado à criminalidade como fenômeno social produzido por normas e valores. O comportamento criminoso é definido como qualidade atribuída por agências de controle social³²⁰ a determinadas condutas, com aplicação de regras e sanções. Criminoso passa a ser definido como o sujeito ao qual se aplica com sucesso esse rótulo.³²¹

Esclarece Barata³²² que a concepção positivista da ciência como estudo das causas batizou a criminologia. Originalmente, a criminologia tem como função cognitiva e prática individualizar as causas, os fatores que determinam o comportamento criminoso, para combatê-lo com ações que objetivam modificar o delinquente. A maneira de enfrentar a problemática da criminalidade e a resposta penal dada era composta pela pretensa possibilidade de individualizar sinais antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim marcados, no âmbito do universo social das instituições totais, ou seja, o cárcere e o manicômio

³¹⁹ SANTOS, *Criminologia e política criminal*, 2007, p. 109-110.

³²⁰ O tema que envolve as agências de controle social será tratado no tópico seguinte, na abordagem a ser feita sobre a seletividade do sistema penal.

³²¹ SANTOS, *Criminologia e política criminal*, 2007, p. 110-111.

³²² BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 29-30.

judiciário. Assim surge a tendência a ver nas escolas positivistas o começo da criminologia como uma nova disciplina, como um universo de discurso autônomo.

Ao explicar sobre o *paradigma etiológico* de criminologia, Andrade³²³ aponta duas matrizes fundamentais na conformação desse paradigma: a *antropologia criminal* de Lombroso e, na seqüência, a sociologia criminal de Ferri.³²⁴ Trata-se de uma tentativa de conferir à disciplina o “estatuto de uma ciência, segundo os pressupostos epistemológicos do positivismo e ao fenômeno, mais amplo, de cientificização do controle social, na Europa de finais do século XIX.” E, assim, fundada nesse paradigma positivista, a criminologia é definida como uma ciência causal-explicativa da criminalidade, indagando o que o homem delinquente faz e por que o faz, ou seja, assumindo a tarefa de explicar as causas da criminalidade³²⁵, de acordo com o método científico ou experimental e com o auxílio das estatísticas criminais oficiais³²⁶, prevendo “remédios” para combatê-la.³²⁷

É nesse contexto, de acordo com Andrade³²⁸, que se estabelece uma divisão “científica” entre o (sub) mundo da criminalidade, composto por uma “minoría” de sujeitos potencialmente “perigosos” e “anormais”: o mal e o mundo decente, da “normalidade”. Este último representado pela maioria da sociedade: o bem. O potencial de

³²³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social*: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Revista Seqüência, Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, n. 30, 2001, p. 24-25.

³²⁴ Lombroso, com a obra “L’Uomo delinquente”, publicada em 1876, com enfoque antropológico; Ferri com a obra “Sociologia Criminale”, publicada em 1891, com enfoque sociológico; e Garófalo com a obra “Criminologia – studio sul delitto e sulla teoria della repressione”, publicada em 1885, com enfoque jurídico. Os três e suas respectivas obras, são considerados os definidores e divulgadores da denominada “Escola Positiva Italiana”.

³²⁵ Médico italiano, Lombroso sustentou, inicialmente, a tese de criminoso nato, partindo do determinismo biológico (anatômico-fisiológico) e psíquico do crime e utilizando o método de observação e experimentação, procurando comprovar sua hipótese através do estudo/confrontação de grupos não criminosos com grupos criminosos das prisões e hospitais psiquiátricos, especialmente do sul da Itália. Posteriormente, reviu sua tese e acrescentou, também, a epilepsia e a loucura moral. Assim, a denominação “tríptico lombrosiano” surge do “atavismo, epilepsia e loucura moral”. Lombroso contou com o auxílio de Ferri (e que sugeriu a expressão “criminoso nato”), o qual desenvolveu a antropologia lombrosiana numa perspectiva sociológica, admitindo uma tríplice série de causas ligadas à etiologia do crime, ampliando a originária tipificação lombrosiana da criminalidade: individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social). ANDRADE, *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social*, n. 30, p. 25.

³²⁶ ANDRADE, *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social*, n. 30, p. 26.

³²⁷ ANDRADE, *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social*, n. 30, p. 24-25.

³²⁸ ANDRADE, *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social*, n. 30, p. 26.

“periculosidade social” advindo dos positivistas e respaldado pela ciência situou-se no “coração do direito penal”: a um passado de periculosidade confere-se um futuro de recuperação.

Adverte Barata³²⁹ que não causa surpresa o fato de na reconstrução histórica dos antecedentes, a atenção dos representantes da nova criminologia, ter se voltado às ideias a respeito do crime e do direito penal desenvolvidas no âmbito da filosofia política liberal clássica na Europa no século XIII e primeira metade do século XIX³³⁰. Mesmo que os pressupostos da escola liberal clássica fossem bem diversos daqueles que caracterizavam a nova criminologia, alguns princípios fundamentais dessa escola receberam um novo significado como reação polêmica à orientação positivista e ao paradigma etiológico.

Barata³³¹ justifica tal fato em virtude de que a escola liberal clássica não considerava o delinquente como um ser diferente dos demais, ou seja, não partia da hipótese de um rígido determinismo, mas detinha-se especialmente sobre o delito, compreendido como uma violação do direito e daquele pacto social que estava na base do Estado e do direito. Assim sendo, como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo e não de causas patológicas e, diante disso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações. Para a Escola clássica, o delinquente não era diferente do indivíduo “normal”. O direito penal e a pena eram considerados não tanto como meio de intervenção sobre o sujeito delinquente, mas como instrumento legal para defender a sociedade do crime. A aplicação da sanção penal era marcada pela *necessidade* ou *utilidade* da pena e pelo princípio da legalidade, ou seja, objetivava uma política criminal inspirada em princípios de humanidade, legalidade e utilidade.

³²⁹ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 30-31.

³³⁰ Nesse aspecto, afirma Barata, quando se fala na escola liberal clássica como um antecedente ou como a ‘época dos pioneiros’ da moderna criminologia, faz-se referência ao crime, ao direito penal e à pena, desenvolvidas em diversos países europeus no século XVIII e princípio do século XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica. Destacam-se a obra de Jeremy Bentham na Inglaterra, de Anselm Von Feuerbach na Alemanha, de Cesare Beccaria e da escola clássica do direito penal na Itália. Por outro lado, quando se fala da criminologia positivista como a primeira fase de desenvolvimento da criminologia, compreendida como disciplina autônoma, faz-se referência a teorias desenvolvidas na Europa entre o final do século XIX e começo do século XX, no âmbito da filosofia e da sociologia do positivismo naturalista, destacando-se a escola sociológica francesa, com Gabriel Tarde e a ‘Escola social’ na Alemanha, com Franz Von Liszt, mas especialmente à ‘Escola positiva’ na Itália, com Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.

³³¹ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 31.

Por isso, afirma Carvalho³³², inegavelmente, o marco referencial das ciências criminais da Modernidade é a obra *Dos delitos e das penas*, de Beccaria, que além de delinear a principiologia humanista³³³ do direito penal e processual penal realiza a sua adequação com a filosofia política do contratualismo: legalidade dos delitos; proporcionalidade das penas; jurisdiicionalidade dos conflitos através do devido processo legal e da presunção de inocência.

A pequena/grande obra de Beccaria³³⁴ expressa, em inúmeras passagens, a concepção humanitária iluminista e principiológica:

Qualquer excesso de severidade torna-se supérflua e, portanto, tirânica. [...] À medida que as almas se tornam mais brandas no estado social, o homem faz-se mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas precisam ser menos rigorosas. [...] Quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais de perto acompanhar o crime, tanto mais útil e justa será.[...] Bastará, pois, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas proporcionadas aos crimes e que, principalmente, não aplique os menores castigos aos maiores delitos.

Ao referir-se a essa fase filosófica do pensamento penal italiano e, especificamente, à obra de Beccaria, Barata afirma que da ideia da divisão dos poderes e dos princípios humanitários iluministas derivam a negação da justiça de gabinete, própria do processo inquisitório, da prática de tortura, bem como da necessidade de salvaguardar os direitos do imputado por meio da atuação de um juiz obediente, não ao executivo, mas à lei³³⁵. Assim, no sistema conceitual da obra de

³³² CARVALHO, *Antimanual de criminologia*, 2010, p. 4.

³³³ Explica Argüello que a reforma penal “humanista” do fim do século XVIII está diretamente relacionada à transformação no regime de ilegalismos existentes, em razão do enriquecimento da burguesia e do crescimento demográfico. O direito de punir transforma-se de uma vingança do soberano para a defesa da sociedade. ARGÜELLO, *Do Estado Social ao Estado penal*: invertendo o discurso da ordem, 2007, p. 133.

³³⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 50-70.

³³⁵ Ao tratar sobre a interpretação das leis, Beccaria coloca que: “Cada homem tem a sua maneira de ver; e o mesmo homem, em épocas distintas, vê diversamente os mesmos objetos. O espírito de uma lei seria, pois, o resultado da boa ou da má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou penosa, da debilidade do acusado, da violência das paixões do magistrado, de

Beccaria, a essência e a medida do delito estão no dano social. Diante disto: “O dano social e a defesa social constituem, assim, neste sistema, os elementos fundamentais, respectivamente, da teoria do delito e da teoria da pena.”³³⁶

Entretanto, de maneira diversa dos demais ramos do direito que se desenvolveram sob a perspectiva dogmática, no final do século XIX, as ciências criminais foram colonizadas pela nascente criminologia, que desde o marco do positivismo etiológico chamou para si o estatuto científico do estudo do crime e da criminalidade. Nessa disputa, direito penal e criminologia provocam a primeira ruptura do projeto integrado proposto pelos penalistas iluministas.³³⁷

E é nesse contexto que a ciência penal integrada, na versão de Liszt ou de Rocco³³⁸, elegeu o saber dogmático e formal, relegando ao posto de ciência auxiliar qualquer outro saber diverso que pretendesse investigar o fenômeno do crime. E nesse modelo, afirma Carvalho³³⁹, a investigação criminológica foi reduzida à intervenção punitiva e o saber criminológico advindo do positivismo naturalista e etiológico da escola italiana de Lombroso, Ferri e Garófalo foi recepcionado como ciência coadjuvante e o local da fala da criminologia é o de ciência auxiliar à ciência principal que é o direito penal. Nos cárceres, o laboratório criminológico “sustentado pela matriz determinista forneceria elementos acerca do grau de periculosidade dos réus e dos condenados, elaborando a pedagogia de reforma e adaptação do *homo criminalis* à sociedade”.

Enquanto a criminologia europeia, do ponto de vista epistemológico, permanece relativamente estagnada, surge, especialmente na América do Norte, uma nova reflexão como sociologia criminal. Está preparado, assim, o terreno para uma mudança de paradigma em criminologia, alternativo ao etiológico: trata-se do paradigma da “reação social” (*social reation approach*), do “controle” ou da “definição”.³⁴⁰ Explica Barata³⁴¹ que o horizonte de pesquisa no

suas relações com o ofendido, enfim, da reunião de todas as pequenas causas que modificam as aparências e transmutam a natureza dos objetos no espírito mutável do homem.” BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, 2006, p. 22-23.

³³⁶ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 34.

³³⁷ CARVALHO, *Antimanual de criminologia*, 2010, p. 4.

³³⁸ “A (re) organização disciplinar das ciências criminais encontrou em dois modelos estrutura adequada que permitiu ao direito penal atingir o grau de cientificidade alcançado pelos demais ramos do direito, notadamente o direito civil. Franz Von Liszt e Arturo Rocco serão os responsáveis pela sistematização e integração das matérias penal, criminologia e político-criminal[...]” CARVALHO, *Antimanual de criminologia*, 2010, p. 5.

³³⁹ CARVALHO, *Antimanual de criminologia*, 2010, p. 5.

³⁴⁰ ANDRADE, *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social*, n.30, 2001, p. 27.

³⁴¹ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 87.

qual se situa o *labeling approach* é dominado por duas correntes da sociologia americana ligadas entre si. A primeira vinculada ao “interacionismo simbólico”³⁴² e a segunda à “etnometodologia.”³⁴³

Para o interacionismo simbólico, a realidade social “é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem”. De acordo com a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas “o produto de uma construção social, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos”.³⁴⁴ Assim, para o interacionismo e para a etnometodologia, estudar a realidade social (como o desvio, por exemplo) significa estudar esses processos.

O paradigma do *labeling approach* estuda a criminalidade como fenômeno social produzido por normas e valores, direcionando a atenção para definições institucionais e formas de comunicação intersubjetivas desse processo de construção social do crime e da criminalidade e por isso define comportamento criminoso como: “qualidade atribuída por agências de controle social a determinadas condutas, mediante aplicação de regras e sanções e define criminoso como o sujeito ao qual se aplica com sucesso o rótulo de criminoso”.³⁴⁵

O *labeling approach* ocupou-se, especialmente, com as reações das instâncias oficiais de controle social e, diante disso, estudou o efeito estigmatizante da atividade policial, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.³⁴⁶ Por isso, a recepção dos postulados interacionistas e do *labeling approach* redefine o estudo do objeto da criminologia e, em consequência, da política criminal. A redefinição de atuações nas esferas normativas, judiciárias e executivas suscitou o desenvolvimento de inúmeras correntes político-criminais, denominadas políticas criminais alternativas.³⁴⁷

Batista³⁴⁸ afirma que a criminologia, nos últimos anos, conheceu uma *verdadeira revolução* que lhe permitiu superar o impasse positivista. O autor denomina, genericamente, de “criminologia crítica”

³⁴² Ligada à psicologia social e sociolinguística de George H. Mead.

³⁴³ Inspirada pela sociologia fenomenológica de Alfred Schutz.

³⁴⁴ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 87.

³⁴⁵ SANTOS, *Criminologia e política criminal*, 2007, p. 110.

³⁴⁶ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 86.

³⁴⁷ CARVALHO, *A política criminal de drogas no Brasil*, 2010, p. 91.

³⁴⁸ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 32-33.

a esse conjunto de tendências ou a essa “espécie de frente ampla”³⁴⁹ que possibilitaram a superação e conduziram o estudioso do direito penal a conhecimentos que até então eram distorcidos ou camuflados. A criminologia crítica busca verificar o desempenho prático do sistema penal, inserindo-o na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada e se ocupa de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática e como toda teoria crítica, o papel de ‘fazer aparecer o invisível’³⁵⁰.

A moderna criminologia é partidária de uma visão mais complexa do acontecimento delitivo, conforme o desempenho ativo e dinâmico atribuído aos seus protagonistas (delinquente, vítima, comunidade), com ênfase aos diferentes fatores que convergem e interagem no “cenário criminal”, destacando o lado humano e conflituoso do delito, os elevados custos pessoais e sociais deste doloroso problema e, por isso, neste modelo teórico, o castigo do infrator não esgota as expectativas que o fato delitivo desencadeia.³⁵¹

O discurso crítico calcado na moderna teoria criminológica atribui o fracasso histórico do sistema penal aos “objetivos ideológicos (funções aparentes) e identifica nos objetivos reais (funções ocultas) o êxito histórico do sistema punitivo, como aparelho de garantia e de reprodução do poder social”.³⁵²

Sintetizando esse caminhar da criminologia e do direito penal, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar³⁵³ afirmam que tanto na época da inquisição quanto na do positivismo essas áreas estavam vinculadas, uma vez que a criminologia explicava as causas do delito e o direito penal destinava-se a neutralizar essas causas, antes, durante e depois do crime. A etapa do liberalismo penal também resultou num modelo integrado, porém inverso, uma vez que o discurso criminológico ficou subordinado às deduções do discurso filosófico-jurídico. A desintegração neokantiana desvinculou formalmente os dois saberes, para que o direito penal continuasse legitimando o poder punitivo (similar ao que fazia com o positivismo), porém sem arcar com um

³⁴⁹ A expressão “frente ampla” é utilizada por João Marcello Araújo Jr., na obra *Os grandes movimentos da política criminal de nossos tempos*, Rio, 1986, Ed Inst.Benett, p. 4.

³⁵⁰ A expressão é de Michel Mialle, na obra *Uma introdução crítica ao direito*. Trad. A. Prata. Ed. Moraes, 1979, p. 17. In: BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 33.

³⁵¹ MOLINA; GOMES, *Criminologia*, 2002, p. 396.

³⁵² SANTOS, *Criminologia e política criminal*, 2007, p. 113.

³⁵³ ZAFFARONI BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito Penal Brasileiro –I*, 2003, p. 287.

arsenal teórico falso e indefensável, assim como para que a criminologia não abarcasse o sistema penal e, consequentemente, não colocasse a descoberto sua seletividade e seu efeito reprodutor de violência.

Em verdade, não foi um discurso totalmente desintegrador das duas disciplinas, uma vez que manteve o vínculo de subordinação epistemológica da criminologia biopolicial. Mas, por sua vez, a criminologia dos sociólogos norte-americanos foi cuidadosamente ignorada pelo direito penal, resultando na desintegração dos dois saberes, abrindo uma brecha entre ambos.³⁵⁴

Reduzir o direito penal e humanizar o sistema penal é a proposta de direito penal mínimo do programa alternativo de política criminal e isto diferencia o discurso crítico de outros projetos e do discurso oficial sobre crime e controle social, inspirado na criminologia etiológica tradicional. Santos³⁵⁵ afirma que o discurso jurídico-penal calcado na criminologia crítica considera indispensável a reintegração social do condenado, não *através* do cárcere (o que é impossível), mas *apesar* do cárcere. O autor propõe também a mudança semântica de *ressocialização* para *reintegração social*, ou seja, ao deslocar a atenção *do condenado* para a relação *sujeito/comunidade*, significa reintegrá-lo em sua classe.

Por fim, o pensamento de Barata³⁵⁶ sintetiza o que é a criminologia crítica: sua tarefa imediata não é a de realizar as receitas de política criminal, mas examinar de forma científica a gênese do sistema, sua estrutura, seus mecanismos de seleção, seus custos econômicos e sociais, as funções que realmente exerce e, diante disso, avaliar quais as respostas que está em condições de dar e quais as que efetivamente são dadas aos problemas sociais reais. Por isso a proposta do autor de uma política de “grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas”.

³⁵⁴ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito Penal Brasileiro –I*, 2003, p. 287.

³⁵⁵ SANTOS, *Criminologia e política criminal*, 2007, p. 114.

³⁵⁶ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 201-215.

2.1.2 A seletividade do sistema penal

Não existe sociedade na qual todos os conflitos tenham solução. O poder estatal concede às suas instituições funções manifestas que são expressas, declaradas e públicas. Trata-se de uma realidade republicana. Entretanto, essa função manifesta não coincide por completo com aquilo que a instituição realiza na sociedade, ou seja, com suas atribuições latentes ou reais. Assim, essa disparidade sempre deve ser objeto de crítica institucional, uma vez que é a única maneira de controlar a racionalidade do poder.³⁵⁷

As sociedades contemporâneas que institucionalizam/formalizam o poder (Estado) submetem a sua coação um reduzido número de pessoas, selecionadas com a finalidade da imposição de uma pena. A seleção penalizante, de acordo com Zaffaroni³⁵⁸, é denominada de “criminalização”, a qual é levada a cabo por um conjunto de “agências” que formam o chamado sistema penal. Para Molina e Gomes³⁵⁹, o controle social penal é um subsistema dentro do sistema global do controle social e difere deste por seus meios de prevenção/repressão ao delito, dos quais se serve que é a pena ou medida de segurança e pelo grau de formalização que a envolve.

Seguindo esse percurso, o processo seletivo de criminalização se perfaz em duas etapas: primária e secundária. Assim: “criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”.³⁶⁰ Geralmente são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária. Já os programas por elas estabelecidos são realizados pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, juízes, advogados, agentes penitenciários). Enquanto à criminalização primária incumbe a elaboração de leis penais relativas a condutas e atos; à criminalização secundária incumbe “a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas” que ocorre quando uma pessoa que supostamente tenha cometido um ato criminalizado é investigada, submetida a um processo, a ela é imposta uma pena, a ser executada por uma agência penitenciária (no caso de privação de liberdade).³⁶¹

³⁵⁷ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro –I*, 2003, p. 87-88.

³⁵⁸ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro –I*, 2003, p. 43.

³⁵⁹ MOLINA; GOMES, *Criminologia*, 2002, p. 135.

³⁶⁰ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro –I*, 2003, p. 43.

³⁶¹ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito Penal Brasileiro –I*, 2003, p. 43.

Então, chama-se de sistema penal a esse conjunto (grupo) de instituições que, de acordo com regras jurídicas, tem a incumbência da realização do direito penal. Porém, toda sociedade ou grupo social necessita de algo que assegure a coerência interna de seus membros e por essa razão é que existe uma gama de mecanismos que buscam assegurar a conformidade de seus membros com normas e pautas de condutas, aos quais se dá o nome de “controle social”.

Controle social é, então, segundo a conceituação de Molina e Gomes³⁶², o conjunto de instituições, estratégicas e sanções sociais que pretendem promover e garantir o submetimento do indivíduo aos modelos e normas comunitárias. Há duas classes de instâncias: as formais e as informais. As instâncias (agentes) informais são a família, a escola, a profissão, a opinião pública, dentre outras. As instâncias (agentes) formais são a polícia, a justiça, a administração penitenciária, etc. Os agentes de controle social informal encarregam-se de condicionar o indivíduo, de discipliná-lo, através de um longo processo que começa pela família, escola, profissão, etc. (é o processo de socialização). Entretanto, quando essas esferas de controle informais fracassam, entram em cena as instâncias formais, que atuam de forma coercitiva e impõem sanções distintas daquelas sociais: são as sanções estigmatizantes atribuídas ao infrator.

Baratta³⁶³ afirma que tanto a escola clássica quanto as escolas positivistas realizam um modelo de ciência penal integrada. Dessa forma, tanto em um modelo no qual a ciência jurídica e a concepção geral do homem e da sociedade estejam estreitamente ligadas, quanto naquele em que suas concepções sejam profundamente diversas, encontra-se a presença da afirmação de uma ideologia da defesa social, como “nú teórico e político do sistema científico”. Por isso, o conceito de defesa social, na ciência penal, parece ser a condensação dos maiores progressos realizados pelo direito penal moderno.

O que se quer assegurar com a defesa social, bem como com a proteção e segurança jurídica, não parece ser algo distinto, afirmam Zaffaroni e Pierangeli³⁶⁴, desde que se compreenda por “social” o atinente à coexistência humana: “se a segurança jurídica é o asseguramento da coexistência e a coexistência é o social”, vê-se que a distância entre ambos os conceitos se encurta até se sobrepor.

³⁶² MOLINA; GOMES, *Criminologia*, 2002, p. 133-134.

³⁶³ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 41.

³⁶⁴ ZAFFARONI; PIERANGELLI, *Manual de Direito penal – parte geral*, 2004, p. 94-95.

A ordem social desigual é assegurada pela seletividade do sistema de justiça criminal nos níveis de definição legal, de aplicação judicial e de execução penal. A afirmação é de Santos³⁶⁵ que explica cada um desses níveis de seletividade: a definição legal seletiva de bens jurídicos próprios das relações de propriedade e de poder (lei penal); a estigmatização judicial seletiva de indivíduos de classes sociais subalternas, especialmente os marginalizados do mercado de trabalho e das relações de consumo da sociedade (justiça penal); e, por fim, a repressão penal seletiva de indivíduos sem utilidade no processo de produção de mais-valia e de reprodução ampliada de capital (prisão).

Não é outro o posicionamento de Baratta³⁶⁶ ao referir-se ao direito penal abstrato (criminalização primária) quando afirma que a seletividade tem a ver com os “conteúdos” e com os “não-conteúdos” da lei penal. O sistema de valores que neles se exprime reflete o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, evidenciando-se na máxima ênfase à proteção do patrimônio privado, direcionando-se para atingir os desvios típicos dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. Basta ver a imensa incidência dos crimes contra o patrimônio. A seleção acontece com a diversa formulação técnica dos tipos penais e com as conexões destes com as agravantes³⁶⁷.

Estudos dos criminólogos, de longa data, também tratam sobre a denominada indistintamente de “cifra negra”, “cifra obscura” ou “zona negra” da criminalidade. O fenômeno designa a defasagem entre a criminalidade real³⁶⁸ e a criminalidade estatística³⁶⁹. Isso estaria vinculado aos delitos não perseguidos, pois não se realizam na rua ou por onde “passa a polícia” e assim nem chegam a nascer como fato estatístico. O fenômeno pode ser caracterizado, ainda, como a passagem do crime de instância a instância – processo de criminalização – e é, em todas as suas fases, criador de cifras negras e por isso redutor dos contingentes de criminalidade.³⁷⁰

Ao tratar da questão, Greco³⁷¹ argumenta que todos, em maior ou menor grau, cometem crimes e se isso fosse realmente levado a sério,

³⁶⁵ SANTOS, *Criminologia e política criminal*, 2007, p. 113.

³⁶⁶ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito pena*, 2002, p. 175-176.

³⁶⁷ Como exemplo pode-se citar o caso do furto, que dificilmente não ocorre na forma qualificada ou que não receba um *plus* em decorrência de agravantes.

³⁶⁸ Aquelas condutas criminalizadas e efetivamente praticadas e que seriam em quantidade maior que aquelas registradas.

³⁶⁹ As registradas nas estatísticas oficiais.

³⁷⁰ ANDRADE, *A ilusão da Segurança Jurídica*, 2003, p. 263.

³⁷¹ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio* – uma visão minimalista do direito penal. 5. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 143.

não “haveria ninguém disponível para apurar o fato criminoso, tampouco julgar o autor do delito”, pois todos estariam presos. Enquanto o direito penal for máximo, com a denominada inflação legislativa, permanecerá seletivo e cruel, escolhendo quem deverá ser punido. Escolha esta que já se sabe sobre quem recairá.

A pesquisa da cifra negra não tem como objetivo corrigir distorções das estatísticas oficiais que representam o desvio digerido pelo controle social, mas “revelar o processo de criminalização como criminalização seletiva do comportamento desviante”, uma vez que o crime é um fenômeno social geral, mas a criminalização é fenômeno da minoria.³⁷²

Esse caráter de seletividade acentua-se nos processos de criminalização secundária. Os preconceitos e os estereótipos que conduzem as ações dos órgãos de investigação e judiciais levam a busca da “verdadeira criminalidade” nos estratos sociais nos quais “é normal” que ocorra. Baratta³⁷³ ressalta ainda que se evidenciam as condições particularmente desfavoráveis nas quais o acusado oriundo de grupos marginalizados se encontra, no processo. Destacam-se a distância linguística existente e que separa os julgadores dos julgados, a possibilidade menor de desenvolver um papel ativo no processo e de ser favorecido por trabalhos de “advogados prestigiosos” como fatores que vêm em desfavor dos indivíduos mais débeis.

A seleção secundária é proveniente de circunstâncias conjunturais diversas. As agências policiais, por exemplo, não selecionam segundo seu critério exclusivo. Sua atividade é condicionada, também, pelo poder de outras agências como as de comunicação social, as políticas, dentre outras. E não apenas se orienta pelo poder de outras agências como também é exercida condicionada às suas limitações, inclusive qualitativamente.³⁷⁴

Importante frisar, nesse contexto, que entre a seleção abstrata operada pela legislação penal e a seleção efetiva das instâncias de criminalização secundária, medeia um dinâmico e complexo processo de refração, pois, como explica Andrade³⁷⁵, a lei penal configura apenas um marco abstrato de decisão, em que os agentes do controle social

³⁷² SANTOS, Juarez Cirino dos. O adolescente infrator e os direitos humanos. In: *Verso e reverso do controle penal* – (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Vol. I ANDRADE, Vera Regina de. (Organizadora). Florianópolis: Boiteux, 2002, p. 122.

³⁷³ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 176-177.

³⁷⁴ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro –I*, 2003, p. 45.

³⁷⁵ ANDRADE, *A ilusão da Segurança Jurídica*, 2003, p. 260.

formal têm ampla margem de discricionariedade na seleção que realizam.

Em relação à aplicação da lei penal, ou seja, da incidência dos estereótipos, dos preconceitos, das teorias do senso comum na aplicação da lei, pelo juiz, observa-se que o conhecimento e a capacidade insuficientes de inserir-se no mundo do acusado, pesam como fatores desfavoráveis àquelas pessoas oriundas de estratos inferiores. E isso, afirma Baratta³⁷⁶, não é apenas em decorrência da influência de estereótipos e de preconceitos, mas também das denominadas “teorias de todos os dias” e que os juízes têm tendências a aplicar na reconstrução da verdade judicial. Assim, inconscientemente, eles são influenciados por tendências de juízos diversificados, conforme a posição social dos acusados.

2.1.3 O Direito penal mínimo: propostas de redução e humanização do sistema penal

Há necessidade de vislumbrar o saber jurídico como dogmático, mas, sobretudo, como um saber que deve ser orientado por um projeto mais abrangente de emancipação do homem. A criminologia crítica confirma a afirmação, na medida em que denuncia a seletividade do sistema penal, problematizando a própria legitimidade de suas intervenções. O projeto de Ferrajoli contribui para a reflexão sobre o que se chama de “crise de legitimidade que aflige os sistemas penais da atualidade” em relação a seus fundamentos filosóficos, jurídicos e políticos, todos construídos com o nascimento do moderno Estado de Direito.³⁷⁷

Necessário, pois, é discutir-se uma teoria fundamentadora/justificadora da sanção penal, diz Rosa³⁷⁸, vez que a pena, longe de ser uma fundamentação jurídica, tem apenas uma justificação política, de ato de força estatal. Afastando-se qualquer justificação retributiva ou preventiva, segue na esteira da teoria agnóstica da pena, que percebe a imposição como ato de poder e imputa ao direito penal a finalidade de redução das violências praticadas pelo

³⁷⁶ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 177-178.

³⁷⁷ DUCLERC, Elmir. *Prova penal e Garantismo*: Uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Coordenação de Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 101-102.

³⁷⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. O papel do juiz garantista e a execução penal em tempos neoliberais: Eichmann e big brother. In: *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. CARVALHO, Salo (coordenador). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 333.

Estado, impedindo a vingança privada e restringindo a manifestação do poder político estatal, que poderia tornar-se arbitrário.

Os princípios relativos à punição, no ordenamento constitucional brasileiro, dizem respeito às formas de sanção e limites punitivos. O constituinte não questiona “por que punir?”, mas traça parâmetros de “como punir”. Então, diz Carvalho³⁷⁹, na Constituição, o delineamento das penas em nenhum momento indica com “fins, funções ou justificativas”, mas com meios para minimizar o sofrimento imposto pelo Estado, configurando-se uma política penalógica de redução de danos. Reduzir o sofrimento seria o único motivo de justificação da pena, da forma que atualmente é exercida. Por isso “abandonar quaisquer teorias justificacionistas, sobretudo os modelos ressocializadores, é efeito primeiro da adoção da perspectiva agnóstica de redução dos danos penais.”³⁸⁰

A rede carcerária é, afirma Foucault³⁸¹, uma modalidade específica e nova de poder; uma certa política do corpo; uma maneira de tornar dócil e útil a acumulação dos homens. Isso explica a extrema solidez da prisão, essa “pequena invenção desacreditada desde o nascimento”. Se a prisão tivesse sido apenas um instrumento a serviço de um aparelho estatal, teria sido mais fácil alterar suas formas ou encontrar-lhe um substituto mais aceitável. Entretanto, enterrada como se encontra no seio de dispositivos e de estratégias de poder, ela pode opor a quem queira transformá-la uma grande força de inércia.

Significa dizer, segundo Foucault³⁸², que quando se pretende modificar o regime de encarceramento, não é apenas da instituição judiciária que as dificuldades vêm, pois o que resiste não é apenas a prisão-sanção, mas a prisão com todas as suas determinações, ligações e efeitos extrajudiciais.

O encarceramento em grande escala induz a um processo de “inoculação penal” das populações que por ele são atingidas regularmente. Wacquant³⁸³ faz a afirmação colocando, ainda, que ao banalizar a repressão, o Estado enfraquece a aura que a cerca e apaga o estigma que lhe é associado, em tal proporção que se torna necessário,

³⁷⁹ CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In: *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. CARVALHO, Salo (coordenador). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 19-25.

³⁸⁰ CARVALHO, Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo, 2007, p. 26.

³⁸¹ FOUCAULT, *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões, 2004, p. 252.

³⁸² FOUCAULT, *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões, 2004, p. 252.

³⁸³ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres* – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 463.

cada vez mais, aumentar as “doses” de punição requeridas para ajustar o comportamento dos “indóceis”.

É aberrante separar a política da “insegurança” criminal da escalada da insegurança social que a alimenta. É absurdo tratar os ilícitos menores com um instrumento tão grosseiro e ineficaz como a prisão.³⁸⁴ O agravamento das penas não tem, como afirma Ferrajoli³⁸⁵, nenhum efeito dissuasório. A resposta penal se faz necessária para evitar as vinganças privadas, entretanto, é ilusório confiar a elas (penas agravadas) essa função dissuasória, ao invés de políticas dirigidas à redução das causas da violência e, em consequência, em maior segurança. Toda essa ineficácia resulta em maior desconfiança no direito e nas instituições.

A utilização da pena como única forma de enfrentar a violência emerge, para o Estado atual, como uma tarefa que se ajusta ao seu ideário, sem buscar, em princípio, qualquer melhoria material, tanto da pessoa afetada, quanto das condições que deram causa ao conflito, preenchendo apenas um efeito simbólico. E o uso do instrumento simbólico, ao mesmo tempo em que desonera o Estado de tarefas assistenciais, fomenta maior intensificação do processo de exclusão social fortalecendo a estrutura autoritária de poder.³⁸⁶

A eficácia das normas e direitos fundamentais implica sempre em uma postura que contribua para a redução máxima do direito penal, até a sua ideal abolição. Uma postura que não imponha regras morais, que garanta a liberdade de escolha, que efetive a regulação racional das condutas humanas, resultando numa intervenção mínima nas restrições à liberdade, impostas apenas como exceções, quando realmente forem indispensáveis à garantia da coexistência entre as pessoas.³⁸⁷

Urge levar plenamente em consideração os efeitos perversos e os danos sociais causados pelo reforço da repressão penal e pela expansão descontrolada do sobrecarregado aparelho carcerário que, cotidianamente, desacredita os ideais de justiça e de igualdade que supostamente está a defender.

³⁸⁴ WACQUANT, *Punir os pobres*, 2007, p. 463.

³⁸⁵ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 256.

³⁸⁶ TAVARES, Juarez. Reflexões sobre a relação “violência e criminalidade”. In: *Direito penal no terceiro milênio* – estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. BITENCOURT, Cezar Roberto (Coordenador). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 450.

³⁸⁷ KARAM, Maria Lúcia. *Recuperar o desejo de liberdade e conter o poder punitivo*. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 8.

2.2 GARANTISMO E DIREITO PENAL MÍNIMO: MINIMIZANDO A VIOLÊNCIA E A INTERVENÇÃO PUNITIVA

A palavra “garantismo”, como previamente abordado no primeiro capítulo, designa um modelo voltado a garantir direitos subjetivos. Dependendo do direito para cujas proteções se estabelecem as garantias é que surgem os seus diversos significados. Entretanto, é como *garantismo penal*, voltado à defesa dos direitos de liberdade, especialmente da liberdade pessoal, é que tem prevalecido, uma vez que é no âmbito do direito penal que se desenvolveu como teoria e como prática jurídica, opondo-se à violação de princípios constitucionais e ao arbítrio punitivo. E é justamente por isso que se identificou como um projeto ou programa de *um direito penal mínimo*. É assim que, para Ferrajoli, “garantismo e direito penal mínimo são, efetivamente, termos sinônimos que designam um modelo teórico e normativo de direito penal capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva”, tanto na previsão legal dos delitos, quanto na sua comprovação judicial.³⁸⁸

A respeito dos *delitos* esses limites são as *garantias penais substanciais*, desde o princípio da estrita legalidade ou taxatividade dos fatos puníveis aos de sua lesividade, materialidade e culpabilidade. No que tange ao *processo*, corresponde às *garantias processuais* e organizacionais, ou seja, ao contraditório, à paridade entre acusação e defesa, à estrita separação entre acusação e juiz, à presunção de inocência, à carga acusatória da prova, à oralidade e à publicidade, à independência interna e externa da magistratura e ao princípio do juiz natural. E, assim, enquanto as garantias penais orientam-se a minimizar os delitos, a reduzir ao máximo o que o poder legislativo pode castigar, as garantias processuais orientam-se a minimizar o poder judicial e a reduzir ao máximo o seu âmbito de arbítrio.³⁸⁹

Batista³⁹⁰ adverte que é ilustrativo perceber a influência do fracasso da pena privativa de liberdade em propostas de política criminal. Há um século Von Liszt já preconizava a suspensão condicional, com substitutivos de caráter pedagógico para criminosos jovens e também para penas curtas. Nos últimos cinquenta anos, as pesquisas empíricas constataam o fracasso da pena privativa de liberdade

³⁸⁸ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 192. (Tradução nossa). “Garantismo” y “derecho penal mínimo” son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva – tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial.”

³⁸⁹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 193.

³⁹⁰ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 36.

no que se refere aos seus objetivos declarados e isso conduziu a uma “inversão de sinal”, ou seja, “uma política criminal que postula a permanente redução do âmbito de incidência do sistema penal”, voltado à descriminalização e à desjudicialização, contraindo ao máximo o sistema punitivo do Estado.

Ao tratar sobre despenalização, voltado à questão “do que castigar”, Ferrajoli³⁹¹ faz duas observações. A primeira relacionada com o nexo entre direito penal mínimo e eficiência e entre garantismo e papel de defesa social do direito penal. É claro que a máquina judicial poderá enfrentar com muito mais eficiência a grande criminalidade quanto maior for a sua redução, dando-se prioridade aos delitos mais graves. A segunda observação relaciona-se com o nexo existente entre o direito penal mínimo e a credibilidade do direito penal.

A irracionalidade e a incerteza jurídica geradas pela inflação legislativa têm refletido nos limites entre esfera do ilícito penal e esfera do ilícito administrativo, inclusive do lícito, transformando o direito penal numa fonte obscura e imprevisível de perigos para qualquer cidadão. A proposta é despenalizar, além dos inúmeros delitos de bagatela, todas as contravenções e todos os fatos castigados com penas pecuniárias. Necessário seria uma revisão completa dos bens penalmente protegidos.³⁹²

Ferrajoli³⁹³ destaca a desprisonalização, vinculada ao questionamento de “como castigar”, como uma questão muito relevante. O cárcere, como se sabe, é uma invenção moderna, vinda como uma grande conquista humanitária, buscada como alternativa à pena capital, aos suplícios, às penas corporais, à exposição pública e outros horrores do direito penal premoderno.

Com o cárcere é que a pena se torna igualitária, legalmente predeterminada, suscetível de cálculo. É a privação de um tempo abstrato da liberdade, quantificado e graduado pela legislação e pelo juiz, em relação à gravidade, em abstrato e em concreto, dos delitos castigados. Entretanto, já advertia Montesquieu, que o grau de civilização de um país se mede e progride de acordo com a benignidade de suas penas.³⁹⁴

³⁹¹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 202.

³⁹² FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 202.

³⁹³ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 203.

³⁹⁴ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 203.

Então, adverte Ferrajoli, após dois séculos, é possível dar um novo salto de civilização, ou seja:

[...] destronar a reclusão carcerária de seu papel de pena principal e paradigmática e, se não aboli-la, ao menos reduzir drasticamente sua duração e transformá-la em sanção excepcional, limitada às ofensas mais graves contra os direitos fundamentais (como a vida, a integridade pessoal e similares), as únicas que justificam a privação da liberdade pessoal, que é também um direito fundamental garantido.³⁹⁵

Entretanto, não há como não reconhecer que o cárcere tem sempre contrariado seu modelo teórico e normativo, ou seja, vai muito além da privação de um tempo abstrato de liberdade. Ele contempla múltiplos elementos de aflição corporal manifestados na forma de “tratamento”. O que o diferencia das penas corporais antigas é somente porque se prolongam no tempo e perduram por todo o cumprimento da pena. Além disso, à aflição corporal se agrega a aflição psicológica, ou seja, a solidão, a submissão disciplinar, a perda da sociabilidade e de afetividade e, conseqüentemente, da identidade. Há, ainda, a aflição específica, ligada à pretensão reeducativa e a tratamentos dirigidos a transformar o prisioneiro.³⁹⁶

Por isso, afirma Foucault³⁹⁷, vive-se em uma sociedade do “professor-juiz, do médico-juiz, do educador-juiz, do assistente social-juiz” e todos fazendo reinar a universalidade do normativo e cada um deles do ponto em que se encontra submete o corpo, os gestos, os comportamentos, as aptidões, as condutas, os desempenhos.

É certo, então, que a pena vai muito além da privação da liberdade da pessoa. Depois de dois séculos, melhoraram as condições dos cárceres, entretanto, tem se agravado a atipicidade e a imprevisibilidade dos conteúdos das detenções. Tais conteúdos variam dependendo da classe do detido, da discricionariedade das autoridades

³⁹⁵ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 203. (Tradução nossa) “[...] destronar la reclusión carcelaria de su papel de pena principal y paradigmática y, si no abolirla, al menos reducir drásticamente su duración y transformarla en sanción excepcional, limitada a las ofensas más graves contra los derechos fundamentales (como la vida, la integridad personal y similares), las únicas que justifican la privación de la libertad personal, que es también un derecho fundamental garantizado.”

³⁹⁶ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 204.

³⁹⁷ FOUCAULT, *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões, 2004, p. 251.

carcerárias, mas, sobretudo, das condições de vida nos diferentes estabelecimentos carcerários e que conferem à pena detentiva, em contraposição à proclamada certeza e igualdade, um caráter substancialmente arbitrário e desigual. Então, o cárcere é “[...] uma instituição ao mesmo tempo iliberal, desigual, atípica, ao menos em parte, extralegal e extrajudicial, lesiva da dignidade da pessoa, penosa e inutilmente aflitiva.”³⁹⁸

Nesse contexto é que Ferrajoli³⁹⁹ coloca que a introdução de benefícios tem sido sempre justificada como um remédio à excessiva duração das penas. Existe um círculo vicioso e perverso nas argumentações com o qual a flexibilidade das penas e sua larga duração legitimam-se reciprocamente. Deve-se, então, refletir se não é o momento de romper com esse círculo vicioso que envolve a incerteza da pena, sua desigualdade, a falta de correspondência entre pena legislativa, pena aplicada e pena executada, o arbítrio a que fica submetida a concreta dosimetria da pena e a liberdade interior do detento e que transgredir o primeiro princípio do liberalismo, ou seja, o direito de cada um de ser e de permanecer como é e, portanto, a proibição para o Estado de intrometer-se na personalidade do cidadão para transformá-lo moralmente mediante medidas premiativas ou punitivas, irrogadas pelo que ele é e não pelo que fez.

É o denominado “direito penal de autor” e que difere de “direito penal de ato”. A diferenciação é dada por Zaffaroni e Pierangeli⁴⁰⁰: “não se proíbe o ato em si, mas o ato como uma manifestação na ‘forma de ser’ do autor”. O direito penal que parte de uma concepção antropológica que considera o homem incapaz de autodeterminação só pode ser um direito penal do autor, para quem “o ato é o sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal.”

No contexto brasileiro, existem inúmeros elementos característicos de direito penal de autor, especialmente no que diz respeito ao momento da aplicação da pena e de sua execução. Muitas das circunstâncias judiciais⁴⁰¹ previstas na legislação e levadas em

³⁹⁸ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 204-205. (Tradução nossa) “El cárcel es entonces una institución al mismo tiempo iliberal, desigual, atípica, al menos en parte, extralegal y extrajudicial, lesiva de la dignidad de la persona, penosa e inútilmente aflitiva.”

³⁹⁹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 206.

⁴⁰⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, *Manual de Direito penal* – parte geral, 2004, p. 116.

⁴⁰¹ Código Penal. Art.59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...].

consideração pelo juiz, bem como a própria reincidência⁴⁰², prevista como circunstância agravante⁴⁰³, refletem a existência dessa concepção. Circunstâncias essas que, além de servir como “reforço” da reprimenda, também interferem em vários outros momentos da execução penal, como é o caso do regime prisional, seja na sua estipulação mais gravosa para o início do cumprimento da pena, seja na necessidade do cumprimento de um tempo maior para conquistar a progressão de regime, como é o caso de crimes hediondos e assemelhados, como o tráfico de drogas.

Então, seja qual for a perspectiva com a qual se queira fundamentar o direito penal do autor, não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que resulte em violação a sua autodeterminação: um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais penaliza o “ser”, mas o seu agir.⁴⁰⁴

Foucault⁴⁰⁵ afirma que a prisão é a região mais sombria do aparelho da justiça. É o local em que não se ousa mais exercê-la com o rosto encoberto e onde o poder de punir “organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber.”

A proposta de Ferrajoli⁴⁰⁶ para a desprisionalização é limitar o cárcere para os delitos mais graves e aplicar outras restrições para o restante, especialmente para os delitos patrimoniais. Seriam penas limitativas de liberdade e de outros direitos, porém não de segregação, ou seja, de privação total da liberdade pessoal, onde se deposita corpo e alma em uma instituição total, mesclando pena corporal com pena disciplinar. As espécies de penas que podem ser propostas como alternativas à detenção são numerosas e variadas, como muitas das medidas alternativas já existentes, desde a vigilância especial até a semiliberdade e o submetimento a provas que privam apenas parcialmente a liberdade da pessoa. Penas acessórias poderiam passar a penas principais, as quais privam ou restringem determinadas

⁴⁰² Código Penal. Art.63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença, que no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

⁴⁰³ Código Penal. Art.61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência [...].

⁴⁰⁴ ZAFFARONI; PIERANGELLI, *Manual de Direito penal* – parte geral, 2004, p. 116.

⁴⁰⁵ FOUCAULT. *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões, 2004, p. 214.

⁴⁰⁶ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 206-207.

faculdades⁴⁰⁷. Os enormes gastos com a população carcerária poderiam destinar-se a melhorar as condições de vida e de sociabilidade dos cárceres e a fomentar as relações dos detentos com o mundo exterior.

A prisão apresenta a particularidade de ser uma “bomba social que regurgita: quase todos aqueles que são ‘sugados’ por ela são eventualmente ‘expelidos’ de volta para a sociedade”. A afirmação é de Wacquant⁴⁰⁸, explicando que mesmo em um país superpunitivo como os Estados Unidos, 95% dos condenados acabam sendo libertados. Entretanto, ressalta o autor, a prisão devolve à sociedade indivíduos ainda mais propensos a cometer delitos, em decorrência do corte sociobiográfico operado pela reclusão, das carências dos programas de “reabilitação” e de “reinserção” durante e depois do internamento, bem como das interdições e incapacidades e tantas outras desvantagens de ter uma “ficha na polícia”.

Ao tratar sobre a compreensão do que é *direito penal mínimo*, Ferrajoli⁴⁰⁹ coloca que a expressão, nestes anos, tem sido uma fórmula abundante, mal interpretada e deformada. O uso e abuso da expressão chega a deformar o seu significado, tanto no plano teórico como no prático. A ideia de um direito penal mínimo como projeto normativo para repensar e mudar o direito penal tem ocasionado o descontentamento de uma parte dos estudiosos do direito penal e que até agora são fiéis ao método técnico-jurídico de Rocco e Manzini e, portanto, afastando-se de toda reflexão sobre a dimensão axiológica e ético-política do direito penal. A expressão também tem sido compartilhada por muitos expoentes políticos e de governo que a têm utilizado quase sempre para encobrir políticas repressivas de direito penal máximo.

Oportuno, então, diante de tais “deformações e incompreensões”, entender o que é direito penal mínimo. Ferrajoli afirma que se sente pessoalmente responsável pela introdução dessa expressão⁴¹⁰ e entende por ela duas coisas: primeiro ela caracteriza um paradigma metateórico de justificação do direito penal e, em segundo lugar, um modelo teórico e normativo de direito penal. Como paradigma metateórico a expressão *direito penal mínimo* designa uma doutrina que somente se justifica se puder alcançar dois objetivos, ou seja, a prevenção negativa ou, ao

⁴⁰⁷ Por exemplo, a retirada de permissão para condução, revogação de licenças comerciais ou de habilitações profissionais, a interdição de cargos públicos, dentre outros. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 206-207.

⁴⁰⁸ WACQUANT, *Punir os pobres*, 2007, p. 462.

⁴⁰⁹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 251.

⁴¹⁰ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 251-252.

menos, a minimização das agressões a bens e direitos fundamentais e a prevenção e minimização das penas arbitrárias. Um instrumento de minimização da violência e o arbítrio que na sua ausência se produziria.

Como modelo normativo de direito penal, a expressão significa o modelo adequado de garantias penais e processuais para racionalizar proibições, penas e processos, direcionando-os a uma dupla tutela de bens e de direitos fundamentais: aqueles direcionados aos sujeitos prejudicados pelos delitos e aqueles dos imputados e dos detentos, contra o arbítrio policial ou judicial e contra os excessos e os abusos das autoridades penitenciárias. E é por isso que o direito penal mínimo também tem sido definido como *a lei do mais débil* contra *a lei do mais forte*, que vigoraria na sua ausência. É evidente que se trata de um modelo normativo que nunca se levou perfeitamente a cabo, mas que é realizável. Seu grau de efetividade equivale ao grau de garantismo de um sistema penal.⁴¹¹

A teoria garantista constitui-se num sistema filosófico capaz de concretizar a defesa e a efetivação dos direitos fundamentais. Por isso o garantismo penal está alicerçado em premissas fundamentais e, ao negar o estado de barbárie, racionaliza os conflitos entre desviantes e não desviantes, limitando as formas punitivas. Portanto, negar o garantismo seria negar um instrumento de defesa em favor dos direitos fundamentais da pessoa humana, conquistados com custos altos para a humanidade.⁴¹²

2.3 EXPANSIONISMO DO SISTEMA PENAL E DIREITO PENAL MÁXIMO: A INDÚSTRIA DO MEDO

Como restou demonstrado em tópico anterior, a concepção de direito penal mínimo é um sistema de reformas e reconstrução racional completa do sistema penal, processual e penitenciário, em função da tutela dos bens e direitos fundamentais e sancionados na Constituição. Algumas reformas efetivaram-se, como a garantia do contraditório, porém nenhum dos males estruturais que atingem a justiça penal tem sido afrontado seriamente. Ao contrário, tem continuado a *crise inflacionária* do direito penal. Não como uma causa consciente de

⁴¹¹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 251-252.

⁴¹² WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Resistência, prática de transformação social e limitação do poder punitivo a partir do sistema de garantias: pela (re) afirmação do garantismo penal contemporâneo. In: *Direito penal no terceiro milênio* – estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. BITENCOURT, Cezar Roberto (Coordenador). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 196-198.

política coerentemente regressiva, mas de uma ausência, de um vazio, quase total de política, ou seja, de falta de capacidade de projeção e inovação. Esse vazio tem sido ocupado pelo costumeiro *estado de exceção*, o qual tem se manifestado em uma série de intervenções conjunturais, oscilantes, esquizofrênicas, sempre de direito penal máximo.⁴¹³

Sobre o estado de exceção referido por Ferrajolli, faz-se relevante mencionar Agamben⁴¹⁴, que conceitua exceção como um caso singular que é excluído da norma geral. Entretanto, o que caracteriza propriamente a exceção é aquilo que é excluído. Não está, por isso, absolutamente fora da relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação àquela na forma de suspensão. Logo, a *norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta*. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Veja-se que, nesse sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, *capturado fora* (ex-capere) e não simplesmente excluída.⁴¹⁵ O autor coloca que a situação, que vem a ser criada na exceção, possui a particularidade de não poder ser definida nem como uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas cria entre essas um paradoxal limiar de indiferença.

Uma das teses da investigação de Agamben é a de que o próprio estado de exceção, como estrutura política fundamental, em nosso tempo, emerge sempre mais ao primeiro plano e tende, por fim, a tornar-se regra. Então, o estado de exceção não é tanto uma suspensão espaço-temporal quanto uma figura topológica complexa, em que não só a exceção e a regra, mas até mesmo o estado de natureza e o direito, o fora e o dentro transitam um pelo outro.⁴¹⁶

A realidade prisional, levada ao descaso pela população e pelos governantes, demonstra que a sociedade, tomada pela propalada “insegurança”, admite como “normal” e perfeitamente aceitável o que é vivenciado por parcela de homens e mulheres “banidos” do convívio social, ou seja, a sociedade torna-se alheia às angústias dos prisioneiros e de suas famílias. É sabido que o cárcere é um espaço de tristezas e revoltas. É mais: é uma instituição totalizante e despersonalizadora e o tempo ali “vivido” modifica as atitudes, os comportamentos, a vida dos encarcerados. O que passa a existir é a interiorização de valores próprios

⁴¹³ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 252-255.

⁴¹⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte, UFMG, 2004, p. 25.

⁴¹⁵ AGAMBEN, *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*, 2004, p. 25.

⁴¹⁶ AGAMBEN, *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*, 2004, p. 25; 27; 43.

do sistema carcerário, com assimilação de símbolos e formas de convívio criadas, forçosamente, pelos próprios presos. É a *dessubjetivação* tratada por Agamben, ou seja, a instituição os transforma em seres passivos, uma vez que todas as suas necessidades dependem dela. Há, portanto, a submissão dos internos a um processo de “adaptação”, desconsiderando totalmente os seus contextos originários.

Verdade é que quem ingressa no sistema tem encontrado uma série de degradações, humilhações e profanações, anulando por completo a sua intimidade. Quando lá ingressa, sua vida, sua conduta, seu passado estão ao alcance da administração penitenciária. Lá, sua vida diária só existe compartilhada. Ele nunca estará só. Obrigatoriamente estará com outras pessoas e isso pode tornar-se tão angustiante quanto estar absolutamente isolado. Suas necessidades mais básicas, a satisfação de necessidades mínimas, como as fisiológicas, são coletivizadas. E, nesse contexto, os apenados tendem a manter um nível de frustração, inerente a sua condição.

Punição, correção e vigilância são os aparatos com os quais se quer “tratar” o apenado. O controle penal funciona juntamente com outros diferentes controles, tanto formais quanto informais, que contribuem para manter as pessoas em “conformidade”. Estar no interior dos presídios significa perder o controle da própria vida, adequar-se a regras desconhecidas, incoerentes, animalescas, com objetivos voltados unicamente à sobrevivência. E essa não é uma forma *legal* de concentração de excluídos? O que é um campo de concentração? Há que se refletir.

Ferrajoli⁴¹⁷ adverte que o terreno privilegiado dessa política conjuntural e demagógica é, como sempre, a *segurança* e que não é por acaso que tem se convertido em um dos temas de campanhas eleitorais. Há, nesse contexto, uma mudança no significado da palavra “segurança”. Ela já não quer dizer “seguridade social” (ou previdência social), isto é, garantia da satisfação dos direitos sociais, trabalho, saúde, assistência. Quer dizer, unicamente, “segurança pública”, reduzida à forma da ordem pública de polícia, no lugar da que se refere ao Estado social.

Isso ocorre não porque a seguridade social tenha terminado, mas porque a mobilização contra o marginalizado, o diferente, oferece satisfação ao sentimento difuso de inseguridade social gerado, muito mais, pelas crises de política e dos velhos laços de solidariedade e pela

⁴¹⁷ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 253-254.

redução de garantias de direito de trabalho e do Estado social. Trata-se do velho mecanismo do “bode expiatório” e que permite descarregar sobre o pequeno delinquente as inseguridades, as frustrações e as tensões sociais não resolvidas. E isto tem um duplo efeito regressivo, como adverte Ferrajoli:

Por um lado, a identificação enganosa, em sentido comum, entre segurança e direito penal, de maneira que seja quase possível que a intervenção penal possa produzir magicamente uma redução dos delitos que se produzem nas ruas e que, em lugar de políticas penais, requereriam políticas sociais, e mais que políticas de exclusão, requereriam políticas de inclusão.⁴¹⁸

Observa-se, ainda, que:

[...] a remoção do horizonte da política, tanto das políticas sociais dirigidas a atacar as causas estruturais desse tipo de desviação, como as formas de tutela alternativas ao direito penal, umas ou outras, são certamente mais difíceis e custosas que agravar as penas.⁴¹⁹

Ao tratar sobre as causas da expansão do direito penal e dentre elas os “novos interesses”, Silva Sánchez⁴²⁰ coloca que o direito penal é um instrumento qualificado de proteção de “bens jurídicos” especialmente importantes e, assim considerado, a sua expansão é decorrente da aparição de novos bens (novos interesses ou novas valorações de interesses já existentes). O modo social pós-industrial em que se vive é caracterizado como “sociedade de risco”⁴²¹.

⁴¹⁸ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 255. (Tradução nossa). “Por un lado, la identificación engañosa, en el sentido común, entre seguridad e derecho penal, de manera que sea casi posible que la intervención penal pueda producir mágicamente una reducción de los delitos que se producen en las calles y que, en lugar de políticas penales, requerirían políticas sociales, y más que políticas de exclusión, requerirían políticas de inclusión.”

⁴¹⁹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 255. (Tradução nossa) “[...] la remoción del horizonte de la política, tanto de las políticas sociales dirigidas a atacar las causas estructurales de este tipo de desviación como de las formas de tutela alternativas al derecho penal, unas y otras ciertamente más difíciles y costosas que agrava las penas.”

⁴²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal* – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27-28.

⁴²¹ Desde a enorme difusão da obra de *Ulrich Beck*.

Dentre as mais variadas consequências negativas, aponta-se a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural. Essas consequências são provenientes das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações, dentre outros. E a sociedade tecnológica de crescente competitividade desloca para a marginalidade parcela de indivíduos que são percebidos pelos demais como fontes de risco pessoais e patrimoniais.⁴²²

Se, de um lado, o consumismo desenfreado produziu a aparente melhora da qualidade de vida, de outro lado acabou por produzir mais desejo de consumo e, através dele, mais consumo e mais tensão, com toda a carga de sofrimento a ele inerente: quanto mais se tem, mais se quer e, paradoxalmente, não se está melhor. O excesso de individualismo conduziu a coisificação do outro. Sem dúvida, perdeu-se muito mais que qualidade de vida, perdeu-se cidadania.⁴²³

Debord⁴²⁴, em análise crítica sobre a sociedade de consumo, afirma que toda a vida das sociedades, nas quais figuram as modernas condições de produção, apresenta-se como uma imensa acumulação de espetáculos e tudo o que era vivido diretamente tornou-se uma representação.

O espetáculo, diz Debord, é o momento em que a mercadoria “ocupou totalmente a vida social”; a produção econômica moderna espalha, extensa e intensivamente, sua ditadura.⁴²⁵

Debord almejava que cada um fizesse da sua vida uma obra de arte, afirma Silva⁴²⁶, pois defendia que cada um fosse protagonista da sua vida. Entretanto, na sociedade espetacular, se é cada vez mais contemplador e menos ator; deixa-se de jogar para ver jogar; transfere-se para as celebridades a vivência das grandes emoções: os valores máximos são a visibilidade, a aparência, a imagem, o simulacro; o espetáculo tornou-se o valor social maior.

⁴²² SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, 2002, p. 28.

⁴²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Prefácio) *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional*: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. MARRAFON, Marco Aurélio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. xx - xxi.

⁴²⁴ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. 8ª reimpressão. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 13.

⁴²⁵ DEBORD, *A sociedade do espetáculo*, 2006, p. 30.

⁴²⁶ SILVA, Juremir Machado da. *Guy, o sonhador*. Jornal Correio do Povo. Porto Alegre, p. 4, 16 de maio de 2010.

Galeano descreve, com singularidade, a realidade vivenciada no final do século XX:

Fim do século, fim do milênio, tempo do desprezo. Poucos proprietários, muitos possuídos; poucos opinadores, muitos opinados; poucos consumidores, muitos consumidos; poucos desenvolvidos, muitos envolvidos. Os poucos, cada vez menos. Os muitos, cada vez mais: dentro de cada país e no mapa internacional. Ao longo deste século, a brecha que separa os países pobres dos países ricos se tem multiplicado por cinco. O mundo dos nossos dias é a obra mestre de uma escola artística que podemos chamar de realismo capitalista. Em sua infinita generosidade, o sistema nos outorga a todos a liberdade de aceitá-lo, porém oitenta por cento da humanidade tem proibido o ingresso na sociedade de consumo. Pode-se ver por televisão, isso sim: quem não consome coisas, consome fantasias de consumo.⁴²⁷

E de fantasias em fantasias, descritas por Debord e Galeano, nessa sociedade de consumo é que a força da mídia promove, com objetivos comerciais ou não, a “vivacidade do espetáculo violência”, com força de propalar a cultura do pânico, fomentador do discurso da “defesa social”, com a promessa de segurança, realimentando os “estereótipos” do crime e do criminoso, na linha dos discursos de “lei e ordem.”⁴²⁸

E essas tendências excludentes da sociedade civil são facilmente igualadas e aumentadas pelas investidas do Estado de manter a ordem. Young⁴²⁹ enfatiza que essa tendência surge fortemente nos Estados

⁴²⁷ GALEANO, Eduardo. *Úselo y Tirelo* - El mundo del fin del milênio visto desde una ecología latinoamericana. Buenos Aires: Planeta Bolsillo, 1994, p. 24-25. (Tradução nossa) “Fin del siglo, fin del milênio, tiempo del desprecio. Pocos propietarios, muchos peseídos; pocos opinadores, muchos opinados; pocos consumidores, muchos consumidos; pocos desarrollados, muchos arrollados; Los pocos, cada vez menos. Los muchos, cada vez más: dentro de cada país, y en el mapa internacional. A lo largo de este siglo, la brecha que separa a los países pobres de los países ricos se ha multiplicado por cinco. El mundo de nuestros días es la obra maestra de una escuela artística que podríamos llamar el realismo capitalista. En su infinita generosidad el sistema nos otorga a todos la libertad de aceptarlo o aceptarlo, pero el ochenta por ciento de la humanidad tiene prohibido el ingreso a la sociedad de consumo. Se puede verla por televisión, eso si: quien no consume cosas, consume fantasias de consumo.”

⁴²⁸ ROSA, *Decisão penal*: a bricolage de significantes, 2006, p. 204.

⁴²⁹ YOUNG, *A sociedade excludente*, 2002, p. 179-189.

Unidos, mas a defesa do policiamento de tolerância zero e do aumento do encarceramento repercutiu agilmente em todo o mundo desenvolvido. A tolerância zero⁴³⁰ tornou-se um chavão na comunidade da segurança nos últimos anos. A “guerra” contra as drogas contribuiu altamente nas taxas de encarceramento. Embora os crimes sejam um “dos pratos principais da imprensa”, as “curas milagrosas da criminalidade” também o são.

Final do século, final do milênio, tempo do medo, diz Galeano⁴³¹: o Norte receia que o Sul leve a sério as promessas de sua publicidade. A ordem internacional que prega a justiça alicerça-se na injustiça e dela depende. Não é por acaso que a indústria do medo oferece os negócios mais lucrativos do mundo atual: a venda de armas e o tráfico de drogas. As armas produzem o medo de morrer; as drogas, o de viver.

Não é diferente a história recente do constitucionalismo brasileiro, nota Carvalho⁴³², pois se tem a formação de um núcleo constitucional-penal dirigente que agrega os mais diversos projetos políticos e que, sob o manto do discurso da construção/solidificação do Estado Democrático de Direito, opta pela criação de um Estado-penal. Tais perspectivas, especialmente no que diz respeito ao discurso de “esquerda”, acabaram por distanciar a política criminal das tendências garantistas de intervenção mínima, resultantes das discussões dos anos sessenta e setenta, da crítica criminológica e da crítica dogmática⁴³³. Assim:

Se o sistema penal estava desvendado ante o desmascaramento de seu verdadeiro papel de manutenção e reprodução de sofrimento (o príncipe estava nu!), agora os próprios atores deste exaustivo processo de transparência assumem a fala criminalizadora, coadunando sua perspectiva com os movimentos defensivistas genocidas.⁴³⁴

⁴³⁰ Sinaliza intolerância para com “incivilizados”, de varrer os desvios e a desordem das ruas, lidar com pedintes agressivos, lavadores de pára-brisas de sinal, vadios, bêbados e prostitutas. YOUNG, *A sociedade excludente*, 2002, p. 182.

⁴³¹ GALEANO, *Úselo y Tírelo* - El mundo del fin del milênio visto desde una ecología latinoamericana, 1994, p. 25-26.

⁴³² CARVALHO, Saldo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: *Verso e reverso do controle penal* – (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. vol. II. ANDRADE, Vera Regina de (Organizadora). Florianópolis: Boiteux, 2002, p. 40.

⁴³³ Movimento de direito alternativo.

⁴³⁴ CARVALHO, *Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais*, 2002, p. 40.

Por óbvio, diz Ferrajoli⁴³⁵, o tema envolvendo a segurança não pode ser ignorado ou subestimado. Entretanto, são as campanhas alarmistas que agravam os problemas, prejudicando toda e qualquer proposta racional. Existe uma grande diferença entre a realidade da delinquência urbana e a percepção e representação, especialmente decorrentes do alarme cotidiano oferecidos pela mídia. E diante dessas diferenças qual deveria ser o papel da política frente a essas diferenças? Favorecê-las buscando demagogicamente o aplauso da opinião pública através de leis inúteis e usadas como anúncios eleitorais ou apenas reduzi-las, evitando acreditar numa ideia de crescente insegurança.

Foucault⁴³⁶ adverte que a função do noticiário policial, que invade parte da imprensa e que já possui seus próprios noticiários, apresenta os delinquentes como bem próximos, temíveis e presentes em toda parte. Por sua redundância cotidiana, afirma o filósofo, a notícia, torna aceitável o conjunto dos controles judiciais e policiais que vigiam a sociedade e, a cada dia, trava-se uma batalha interna contra o inimigo sem rosto e tem como função primordial “[...] mostrar que o delinquente pertence a um mundo inteiramente diverso, sem relação com a existência cotidiana e familiar.”

A construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que ampliem as infrações com penas de prisão e o aumento das penas são medidas que aumentam a popularidade dos governos, atribuindo-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e que “fazem algo” e o fazem de uma forma altamente dramática, palpável, visível e muito convincente. Segurança é, pois, meio palpável, fim ilusório.⁴³⁷

É no pequeno delinquente, no criminoso de rua que passa a se detectar o principal protagonista da mais nova transfiguração do *crimen laesae maiestatis*⁴³⁸, afirma Dal Ri Junior⁴³⁹. Ou seja, é na criação dessa nova figura mitológica que os discursos e práticas legitimadoras da doutrina de segurança nacional e sua implementação na vida da sociedade civil passam a ser equacionadas às peculiaridades da segurança pública.

⁴³⁵ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 255-256.

⁴³⁶ FOUCAULT, *Vigiar e punir – História da violência nas prisões*, 2004, p. 237.

⁴³⁷ BAUMAN, *Globalização – as consequências humanas*, 1999, p. 127.

⁴³⁸ Sobre a contextualização história e as diversas concepções da figura do crime contra o Estado (*crimen laesae maiestatis*), sugere-se a obra *O Estado e seus inimigos – a repressão política na história do direito penal*, de Arno Dal Ri Junior. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

⁴³⁹ DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos – a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 356.

Usualmente associado a uma das múltiplas etapas da cadeia do narcotráfico, como vendedor ou consumidor o delinquente de rua “esse novíssimo monumento do maniqueísmo penal, é fruto das desastrosas políticas econômicas levadas a cabo nos países do Ocidente a partir das últimas décadas do século XX”. Políticas essas criadoras de alarmante déficit de justiça social e que tem conduzido ao rápido empobrecimento de alguns e pauperização das classes mais humildes.⁴⁴⁰

Os contornos normativos da sociedade são discutidos na mídia, em detalhes íntimos, dia a dia. Jamais na história humana, diz Young⁴⁴¹, dedicou-se tanto tempo à reflexão pública sobre si mesmo e ao olhar para tantas outras pessoas. Numa existência urbana desse gênero, a tendência é que as atitudes se tornem cautelosas e premeditadas: dificuldades evitadas e diferenças aceitas para não afetar a segurança e a tranquilidade de alguém. Entretanto, afirma o pensador, simultaneamente a essa retração do juízo, surge outra atitude contraditória, uma vez que a precariedade material e ontológica transforma-se num solo fértil para projeções e moralismos: censuras e recriminações sociais borbulham por toda a estrutura social (mães solteiras, subclasses, negros, usuários de drogas). O indicador move-se para aqueles que podem ser acusados e demonizados. Nesse mundo novo de exclusão, qualquer política radical tem que lidar com os problemas fundamentais de justiça e comunidade e que estão na raiz da insegurança material e ontológica vivenciada pelas populações.

A sociedade pós-industrial, além do risco tecnológico, também é uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem para uma sociedade de “objetiva insegurança”, conforme afirma Silva Sánchez⁴⁴², uma vez que o problema não está apenas nas decisões humanas que geram riscos, mas também naquelas que os distribuem. Então, certo é que se vive em uma sociedade de enorme complexidade.

E nesse contexto, o agravamento das penas, ao produzir-se como resposta simbólica e de exceção, e a necessidade de segurança terminam por alimentar a insegurança. Nesse círculo vicioso, há uma enorme responsabilidade dos meios de comunicação, em decorrência da conversão da criminalidade como espetáculo e da resposta penal, tanto legislativa quanto judicial. O resultado é o crescimento do medo e, ao mesmo tempo, uma regressão política e cultural que se manifesta na

⁴⁴⁰ DAL RI JUNIOR, *O Estado e seus inimigos*, 2006, p. 356.

⁴⁴¹ YOUNG, *A sociedade excludente*, 2002, p. 12-13.

⁴⁴² SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do Direito Penal*, 2002, p. 30-31.

percepção do marginalizado como um inimigo da sociedade, como uma fonte de perigo constante.⁴⁴³

Silva Sánchez⁴⁴⁴ afirma que é inegável a correlação estabelecida entre a sensação social de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação pela posição privilegiada que ostentam no seio da sociedade de informação e de uma concepção de mundo como “aldeia global”. Nela, o que está distante ou o que está próximo tem uma presença quase idêntica na maneira como o receptor absorve a mensagem. Os meios de comunicação são o instrumento de indignação e de cólera públicas e, juntando-se a eles, em certas ocasiões, as próprias instituições públicas de repressão da criminalidade transmitem imagens oblíquas da realidade e que contribuem para a difusão da sensação de insegurança.

A característica marcante deste início de século, implementada por uma rede planetária de telecomunicações e de informações, com a cobertura de atos e conflitos violentos, torna-se cada vez mais tempestiva e de maior alcance público e, de acordo com Pastana⁴⁴⁵, neste contexto alarmante, a notícia violenta não apenas começa a informar, mas a emocionar, estimular a curiosidade, a intolerância e o medo. Nas duas últimas décadas, no Brasil, o noticiário sobre violência migrou dos seus tradicionais redutos editoriais e jornais especializados em crimes, para destaque, de forma generalizada, em todos os meios de comunicações.

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso, é retirado ou negado a ele o seu caráter de pessoa, como afirma Zaffaroni⁴⁴⁶, mesmo que lhes sejam reconhecidos alguns direitos. A essência do tratamento diferenciado que é atribuído ao “inimigo” é que o direito lhe nega sua condição de pessoa, considerando-o apenas como ente perigoso e daninho. Uma sociedade que almeja segurança com relação à conduta de cada pessoa como valor prioritário, projetada para o futuro até suas últimas consequências, aspira converter-se numa sociedade robotizada e, conseqüentemente, despersonalizada.

Wacquant⁴⁴⁷ observa que, nas grandes redes de televisão, o jornal das oito horas da noite transformou-se em crônica de crimes do dia a dia, que parecem ameaçar e formigar por toda parte; os programas

⁴⁴³ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 256.

⁴⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do Direito Penal*, 2002, p. 37-39.

⁴⁴⁵ PASTANA, Débora Regina, *Cultura do medo – Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 72-73.

⁴⁴⁶ ZAFFARONI, *O inimigo no direito penal*, 2007, p. 18-20.

⁴⁴⁷ WACQUANT, *Punir os pobres*, 2007, p. 408-409.

especiais se multiplicam em horários de grande audiência; as revistas revelam “os números verdadeiros”, os “fatos secretos” e outros relatórios sobre a delinquência, nos quais o sensacionalismo compete com o moralismo, oferecendo “conselhos práticos” para enfrentar os perigos.

Por toda parte, projeta-se o lamento obsessivo sobre a falta de ação das autoridades, a imperícia do sistema judiciário e a indignação medrosa ou exasperada das “pessoas de bem”. Os candidatos aos postos eletivos promovem a “segurança” à condição de prioridade absoluta da ação pública propondo, a “toque de caixa”, as mesmas soluções primitivas e punitivas⁴⁴⁸ e o aumento ilimitado à manutenção da ordem social por meio da lei.⁴⁴⁹

Novamente, a poesia de Galeano⁴⁵⁰ reflete as angústias humanas dessa sociedade do medo:

A fome alimenta medo. O medo do silêncio atordoa as ruas. O medo ameaça:

Se você ama, terá AIDS.

Se fuma, terá câncer.

Se respira, terá contaminação.

Se bebe, terá acidentes.

Se come, terá colesterol.

Se fala, terá desemprego.

Se caminha, terá violência.

Se pensa, terá angústia.

Se dúvida, terá loucura.

Se sente, terá solidão.

Os fazeres simples da vida estão, pois, impregnados de sensações de medos. Nesse contexto, a cultura do medo reflete-se na crença de que se vive em um momento particularmente perigoso, devido ao aumento da criminalidade violenta e legítima posturas autoritárias que, de acordo

⁴⁴⁸ Intensificação da atividade policial; foco nos jovens (de classes operárias e imigrantes); nos reincidentes; a aceleração dos processos judiciais; o endurecimento das penas; a extensão da detenção (inclusive dos menores de idade, mesmo que amplamente demonstrado que a prisão é eminentemente criminógena). WACQUANT, *Punir os pobres*, 2007, p. 409.

⁴⁴⁹ WACQUANT, *Punir os pobres*, 2007, p. 409.

⁴⁵⁰ GALEANO, *Úselo y Tirelo* - El mundo del fin del milênio visto desde uma ecologia latinoamericana, 1994, p. 170. (Tradução nossa) “El hambre desayuna miedo. El miedo al silencio aturde las calles. El miedo amenaza: Se usted ama, tendrá sida. Se fuma, tendrá cáncer. Se respira tendrá contaminación. Se bebe, tendrá accidentes. Si come, tendrá colesterol. Si habla tendrá desempleo. Se camina tendrá violencia. Si piensa, tendrá angustia. Si duda, tendrá locura. Si siente, tendrá soledad.”

com interesses, são difundidas como capazes de solucionar todas essas mazelas. A cultura do medo, afirma Pastana⁴⁵¹, é a somatória dos valores, comportamentos e do senso comum, associadas à questão da violência criminal e que inculcam a ideia hegemônica de insegurança. Com isso, perpetua-se uma forma autoritária que apenas subsiste com a degradação da sociabilidade e o enfraquecimento da cidadania.

Entretanto, nos últimos anos, a questão da segurança não é o único terreno sobre o qual tem se desenvolvido a expansão do direito penal. O alerta de Ferrajoli⁴⁵² é sobre a reprodução de normas que contratam com todos os princípios garantistas do direito penal mínimo, dede o princípio da ofensividade até o da proporcionalidade. Ferrajoli exemplifica com a lei *antidoping* italiana, a qual sanciona com penas desproporcionais inclusive o atleta que ingere substâncias nocivas, violando o clássico princípio da não punibilidade dos atos cometidos contra si mesmo.

Nesse sentido, a mais organizada, mais sistemática, mais estruturada, mais ampla e mais danosa forma de manifestação do proibicionismo, a nível mundial, é a política criminalizadora de condutas vinculadas à produção, à distribuição e ao consumo de determinadas substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção, ignorando a identidade essencial entre todas as substâncias psicoativas e a artificialidade da distinção entre as drogas lícitas e ilícitas.⁴⁵³

Observa-se nítida simetria entre as propostas político-criminais propaladas pelo Movimento de Lei e Ordem e pelos mensageiros de Tolerância Zero: ambos fomentam a repressão penal. Entretanto, afirma Carvalho⁴⁵⁴, enquanto o Movimento de Lei e Ordem reivindica alta punibilidade às graves lesões de bens jurídicos interindividuais⁴⁵⁵; a Tolerância Zero prima pela repressão à criminalidade de rua e “bagatelar”, entendidos como os únicos mecanismos de prevenção do caos e da desordem social.

Na necessidade da busca de milagres divulgada pelas organizações noticiosas, observa-se um impulso em gerar notícias que se encaixem na natureza segmentada da programação, com chamadas

⁴⁵¹ PASTANA, *Cultura do medo*, 2003, p. 95-96.

⁴⁵² FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 257.

⁴⁵³ KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, riscos, danos e enganos*: as drogas tornadas ilícitas. vol. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

⁴⁵⁴ CARVALHO, *Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais*, 2002, p. 37.

⁴⁵⁵ Por exemplo: crimes sexuais, crimes patrimoniais violentos, crimes de sangue.

curtas e insistentes e com uma mensagem subjacente que envolve o público. Além das pressões imediatas, enfatiza Young⁴⁵⁶, há uma predisposição geral em acreditar no milagre fácil e na cura instantânea e isso repousa em duas falácias: a cosmética, que concebe a criminalidade como um problema superficial da sociedade e que pode ser tratado com um unguento apropriado; e a falácia de que o mundo social é uma estrutura simples. Na verdade, o social não é apenas complexo, mas é ainda mais intrincado, pois cada fator poderá ser transformado no tempo, pela interpretação humana.

Como se vislumbrou no pensamento garantista⁴⁵⁷, essa deriva inflacionária do direito penal, com leis de *exceção*, de *emergência*, de *ocasião*, com discursos simbólicos e propagandísticos, resulta em um direito penal máximo e se desenvolve fora de todo o projeto racional, através do qual todos os clássicos princípios garantistas e de legitimação têm entrado em crise, como o princípio da taxatividade⁴⁵⁸, da ofensividade, da proporcionalidade das penas e o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Esse direito penal segue sendo ineficaz.

O resultado continua desolador, uma vez que a visão do direito penal como único instrumento eficaz da pedagogia político-criminal, como mecanismo de civilização, de socialização supõe uma expansão absurda da outrora *ultima ratio*. Essa expansão é inútil, uma vez que transfere ao direito penal um fardo que ele não pode carregar.⁴⁵⁹

A abordagem feita por Carvalho sobre o fortalecimento da máquina do Estado penal é de suma importância para compreender as posturas políticas no contexto brasileiro. Carvalho afirma que, não obstante o fortalecimento do Estado penal tenha ocorrido devido às posturas políticas de “(extrema) direita”, percebe-se uma convergência no plano de segurança pública de setores diversos da política. Ao longo da história, o discurso de esquerda propalou a redução do aparato penal-carcerário. Atualmente, a perspectiva penal é fortalecida pela confluência de matrizes políticas diafônicas, com movimentos de “(extrema) direita punitiva” e da “esquerda punitiva⁴⁶⁰”. Com a direita e a esquerda aliadas, chega à potencialização das funções simbólicas do direito penal, resultando num paradigma neocriminalizador.

⁴⁵⁶ YOUNG, *A sociedade excludente*, 2002, p. 190-192.

⁴⁵⁷ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 257.

⁴⁵⁸ E com ele a certeza do direito penal e o nexo entre pena e delito. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 257.

⁴⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do Direito Penal*, 2002, p. 61.

⁴⁶⁰ A designação de “esquerda punitiva” é de Maria Lúcia Karam, na obra “A esquerda punitiva”. In: *Discursos Sediciosos* (01). RJ: ICC/Relume Dumara, 1996.

É por isso que Ferrajoli⁴⁶¹ atribui a responsabilidade dessas crises, sobretudo, à política, que tem sido sempre, nesse assunto, incapaz de ler as mudanças sociais e somente capaz do uso demagógico do direito penal, como sub-rogação simbólica de sua incapacidade de enfrentar os fenômenos. Exemplo disso é a questão envolvendo as drogas.

O direito penal substancial tem sido tratado, até então, tanto pela política quanto pela cultura jurídica, como uma espécie de mundo natural. A responsabilidade é também da magistratura, diz Ferrajoli⁴⁶² que, nestes anos, tem se oposto a qualquer mudança que tenha a ver com o direito penal mínimo e tem deteriorado o princípio da estrita legalidade, exagerando na interpretação dos casos concretos. A responsabilidade também é da cultura penal que assiste passivamente a esse círculo vicioso de forma contemplativa. Frente à tal crise, corre-se o risco de arrasar com a credibilidade no direito e na jurisdição penal.

Analisada a situação da expansão do sistema penal e as tendências excludentes da sociedade nas investidas do Estado em manter a ordem, compreender um pouco sobre a mulher aprisionada, através de alguns dados levantados sobre o seu perfil, é o passo seguinte que se propõe neste trabalho.

2.4 APRISIONAMENTO DE MULHERES: QUEM É A MULHER APRISIONADA

Entre as pessoas existem diferenças e a identidade de cada um está dada pelas suas características próprias e que devem ser tuteladas, respeitadas e garantidas em atendimento ao princípio de igualdade. O valor da igualdade é confirmado e reafirmado, em um sentido mais completo, em virtude da análise das diferenças e das implicações que dela devem ser extraídas para igual e efetiva valorização das diversas identidades. Assim, “somos iguais precisamente porque o somos em todos os direitos que tem a ver com nossas diferentes identidades [...]”⁴⁶³

Compreender, pois, as diferenças, é perceber que existem “vários corpos” e que as ações e os efeitos sobre eles não ocorrem da mesma forma, ou seja, se não se perceber “corpos” distintos não se perceberá

⁴⁶¹ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 259, 260.

⁴⁶² FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2008, p. 260.

⁴⁶³ FERRAJOLI, *Derechos y Garantias – La ley Del más débil*, 2006, p. 79; 91. (Tradução nossa). “[...] somos iguales precisamente porque lo somos en todos los derechos que tienen que ver con nuestras diferentes identidades [...]”

que a tortura sobre eles ocorre de forma distinta e com consequências diversas. Também não se perceberão os diferentes efeitos da guerra, da fome, do exílio e, especialmente, os efeitos diversos da pena de prisão.⁴⁶⁴

O cárcere é uma instituição despersonalizadora e totalizante, como será estudado em tópico específico. É um espaço gerador de tristezas e revoltas. O ambiente é de desconfiança e incertezas contínuas. O objetivo maior de quem ali está é sair, fugir, alcançar a liberdade.⁴⁶⁵ Essas são características da prisão em geral. A prisão feminina não difere, substancialmente, da realidade prisional masculina. Entretanto, alguns aspectos merecem ser tratados com as peculiaridades que os envolvem, como é o caso da necessidade de um local adequado à condição feminina para cumprimento da pena e, especialmente, à maternidade e à ruptura desses laços decorrentes da privação da liberdade. Por isso a proposta do estudo voltado à prisão feminina.

Reflexões envolvendo as dimensões sobrepostas de opressão ou sobreposição de planos de dominação⁴⁶⁶ dão conta de que as mulheres estão sujeitas à potencialização dessa sobreposição imposta pelo sistema: além de carregar toda a pesada carga cultural de estereótipos e papéis pré-estabelecidos, no cumprimento de sua pena privativa de liberdade, outra vez se veem às voltas com os estereótipos que agora são responsáveis pela ampliação de sua dor da punição. A começar pela escassez de trabalhos e projetos envolvendo o sistema carcerário feminino: no Brasil, há apenas 58 estabelecimentos femininos e 508 mistos.

Outro fator importante está vinculado à afetividade, uma vez que, com a prisão, a maioria dos relacionamentos se desfaz. Em média 37% das mulheres encarceradas recebem visitas sociais, ao passo que as visitas aos homens presos, por parte de alguma figura feminina (esposa/ companheira/ mãe/ irmã), representante da ternura, fazendo visita regularmente, atinge um percentual de 86%. O cumprimento da pena

⁴⁶⁴ BUGLIONE, Samantha. O dividir da execução penal: olhando mulheres, olhando diferenças. In: *Crítica à execução penal*. 2. ed. CARVALHO, Salo (Coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 147.

⁴⁶⁵ ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 78.

⁴⁶⁶ LEAL, Jackson da Silva; MOURA, Marcelo Oliveira de; CHIES, Luiz Antônio Bogo. *Dominação masculina e prisão: o contrato sexual e o encarceramento feminino*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 8. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 03 de ago. 2011.

distante de sua Comarca abala, ainda mais, os laços afetivos, pois se somam a distância e as dificuldades oriundas desse fator.⁴⁶⁷

A diversidade e a solidariedade não são valores novos, mas integram os valores de igualdade e fraternidade. A igualdade não exclui a diversidade. Embora cada indivíduo tenha características pessoais que o tornam único e diverso dos demais, todos se encontram na origem comum proveniente da afirmação da sua dignidade e é exatamente a afirmação reconhecida a cada indivíduo que conduz tanto à afirmação da igualdade, quanto à garantia da diversidade.⁴⁶⁸

A seletividade, a concentração de poder, a reprodução de violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias “não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais”.⁴⁶⁹ Entretanto, esse estudo busca compreender uma parcela atingida pelo sistema penal no contexto carcerário. A proposta é falar sobre a mulher aprisionada e tentar compreender um pouco das angústias vivenciadas por essa parcela da população prisional. O objetivo é trazer à reflexão alguns elementos da vida dessas mulheres.

De acordo com Espinoza⁴⁷⁰, do conjunto de pessoas que compõem a massa carcerária, a mulher não se destaca⁴⁷¹ e a reduzida presença feminina no sistema prisional ocasionou o desinteresse, tanto de pesquisadores quanto de autoridades e, em consequência, a ‘invisibilização’ das necessidades femininas nas políticas penitenciárias, que na maioria, ajustam-se aos modelos tipicamente masculinos. Em decorrência disso, o problema tem sido focado “pelos homens” e “para os homens” privados de liberdade.

Grande parte desse volume de encarceramento não se deve ao aumento vertiginoso da criminalidade, mas, fundamentalmente, foi uma opção: punir mais. Criou-se uma cultura punitiva. Isso se evidencia na criação de novos crimes, na maximização de penas de delitos já existentes, nas prisões provisórias utilizadas como regra e não como

⁴⁶⁷ LEAL; MOURA; CHIES, *Dominação masculina e prisão*, 2009, p. 8.

⁴⁶⁸ KARAM, *Recuperar o desejo de liberdade e conter o poder punitivo*, 2009, p. 5.

⁴⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro, Revan, 2001, p. 15.

⁴⁷⁰ ESPINOZA, *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*, 2004, p. 122.

⁴⁷¹ Os últimos dados estatísticos apresentados pela autora são do ano de 2002, quando o percentual de mulheres presas no Brasil era de 4,3%.

exceção, dificultando-se a progressão de regime⁴⁷² e o livramento condicional⁴⁷³. Duas legislações, especialmente, são responsáveis por essa situação: a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) e a lei de drogas (Lei 11.343/06). O tráfico de drogas é equiparado ao hediondo, com maiores gravames que os crimes comuns. Atualmente, o número de presos por tráfico é muito alto e, no caso das mulheres, chega ao dobro de homens que cometeram tal crime.⁴⁷⁴

O número de mulheres presas tem aumentado, significativamente, nos últimos anos. Por quê? Quais são os delitos por elas praticados? Quem são essas mulheres? Quais os reflexos familiares, especialmente em relação aos filhos menores, que podem advir dessa separação compulsória? São alguns questionamentos que precisam ser refletidos com comprometimento.

O encarceramento da população brasileira, nas últimas décadas, teve uma ampliação preocupante. Entretanto, a expansão do aprisionamento feminino é uma nova realidade. Dados do Ministério da Justiça⁴⁷⁵ - Departamento Penitenciário Nacional - InfoPen⁴⁷⁶, apontam que no ano de 2000⁴⁷⁷ a população carcerária no Brasil era de 222.643 presos. Desses, 10.112 eram mulheres. Portanto, um percentual de 4,3% de mulheres e 95,7% de homens. Após uma década, no ano de 2010⁴⁷⁸, a população carcerária passou para 494.237 presos. Desses, 36.596 eram mulheres, perfazendo um percentual de 7,4% contra um percentual de 92,6% de homens.

Observa-se, assim, que o aprisionamento feminino teve um avanço significativo na última década, ou seja, em apenas dez anos

⁴⁷² Até o ano de 2006, a progressão de regime para crimes hediondos e equipados (dentre eles o tráfico de drogas) era vedada. Atualmente, é possível progredir, mas com o cumprimento de tempo maior de pena em cada um dos regimes prisionais (2/5 ou 3/5, se reincidente), iniciando, obrigatoriamente, no regime fechado (art. 2º, § 2º da Lei 8.072/90).

⁴⁷³ Exige-se um tempo maior de cumprimento da pena para obter o benefício (mais de 2/3), sendo vedada para os reincidentes específicos em crimes da mesma natureza (art. 83, V do Código Penal).

⁴⁷⁴ EDITORIAL IBCCRIM. *Consagração da cultura punitiva*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, São Paulo: ano 18, n. 220, p. 1, março de 2011.

⁴⁷⁵ O InfoPen/estatística é o registro de indicadores gerais e preliminares sobre a população penitenciária do País, com relatórios estatísticos de dados inseridos no sistema, com dados preenchidos pelos Estados.

⁴⁷⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL: Sistema Integrado de Informação Penitenciária – InfoPen. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 28 de jul. 2011.

⁴⁷⁷ Referência dos dados: mês de novembro de 2000.

⁴⁷⁸ Referência dos dados: mês de junho de 2010.

passou-se de um percentual de 4,3% para 7,4%. Isso é, no mínimo, preocupante.

Os dados estatísticos do Ministério da Justiça em relação aos diversos Estados da Federação não diferem das estatísticas nacionais, ou seja, na ampla maioria dos Estados, ocorreu o aumento de mulheres presas. Em Santa Catarina, de uma população carcerária de 14.481, as mulheres presas são 1.093, perfazendo um percentual de 7,6%.⁴⁷⁹

Outras pesquisas realizadas no contexto prisional feminino⁴⁸⁰ em alguns estabelecimentos prisionais confirmam os dados oficiais compilados. Compreender alguns aspectos da vida dessas mulheres é o próximo passo.

Para compreender o perfil social, especialmente as condutas delitivas e a questão familiar, buscaram-se informações em dados oficiais, nas diversas obras publicadas, bem como em trabalhos acadêmicos de pesquisas realizadas com as mulheres e que servirão como suporte para a fundamentação do estudo ora proposto.

2.4.1 Compreendendo o perfil social da mulher presa: o número de filhos, o estado civil, a idade, o grau de escolaridade e o suporte econômico no contexto familiar

Para compreender o contexto social da mulher aprisionada faz-se relevante a retomada do pensamento de Young⁴⁸¹ sobre a transição de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente, ou seja: aquela que materialmente e ontologicamente incorpora seus membros e tenta assimilar o desvio e a desordem para uma sociedade que acumula uma alta precariedade material e ontológica e responde ao desvio através da separação e da exclusão. Isso é decorrente da mudança na base material de avanço da sociedade, do fordismo para o pós-fordismo e representa o movimento de mutação para a modernidade recente.

Essa dinâmica de exclusão é resultante de forças que excluem segmentos amplos da população do mercado primário de trabalho e dos valores de mercado. A situação afeta tanto as causas da criminalidade, quanto as reações contra o crime. A própria criminalidade é uma exclusão, como também o são as tentativas de controlá-la, o

⁴⁷⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 28 de jul. 2011.

⁴⁸⁰ Os dados compilados por outras pesquisas serão utilizados nos tópicos seguintes, quando se tratará das condutas e do perfil social das mulheres presas.

⁴⁸¹ YOUNG, *A sociedade excludente*, 2002, p. 49.

encarceramento e a estigmatização. Tais processos exacerbam o problema numa dialética de exclusão.⁴⁸²

O pensamento de Young está vinculado ao principal objetivo buscado neste momento da pesquisa, voltado a alguns aspectos relativos à vida das mulheres presas. Devido à amplitude dos temas que poderiam ser tratados sob este prisma, há necessidade de um recorte. Por isso, a abordagem sobre a questão social será limitada a alguns elementos que são relevantes para dar prosseguimento ao tema proposto. Dentre eles, à questão envolvendo a filiação é que se dará prioridade.

Inúmeros escritos sobre as mulheres presas mostram que o mais dolorido é a separação dos filhos. Espinoza⁴⁸³ relata que um dos aspectos cruciais nas aflições provocadas pela detenção entre as mulheres é o distanciamento das famílias e isso tem relação com os dados estatísticos: dentre as pesquisas já realizadas, observa-se que 63%⁴⁸⁴, 74%⁴⁸⁵, 87%⁴⁸⁶ e 89%⁴⁸⁷ dessas mulheres são mães e aproximadamente 65% delas são chefes de família.

Há, ainda, os dados apontados por Espinoza⁴⁸⁸, em pesquisa realizada em São Paulo, na Penitenciária Feminina da Capital, no ano de 2002, indicando que 82,87% das mulheres entrevistadas declaram ter filhos. Dentre elas, 39,22% afirmam ter um ou dois filhos; 30,93% dizem ter três ou quatro filhos. Desse total, 59,12% dos filhos vivem com a família da reclusa e em apenas 6,07% dos casos o marido (ou ex-marido) conservou a guarda. Em muitos desses casos os familiares da mulher presa com quem os filhos residem estão no interior do estado (32,45%) ou em outros estados, dificultando visitas e a convivência, mesmo que restrita a pouquíssimos horários. Evidencia-se, assim, o abandono sofrido pela mãe e pelos filhos e o risco do encurtamento dos laços de afeto, decorrente dessa situação.

⁴⁸² YOUNG, *A sociedade excludente*, 2002, p. 49.

⁴⁸³ ESPINOZA, *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*, 2004, p. 124.

⁴⁸⁴ Segundo pesquisa realizada por Julita Lemgruber, no presídio Talavera Bruce e constante na obra *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres* e publicada no ano de 1999. In: ESPINOZA, *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*, 2004, p. 124.

⁴⁸⁵ Dados extraídos da pesquisa realizada pelo Coletivo de Feministas Lésbicas, na Casa de Detenção Feminina de Tatuapé e publicada em 1997. In: ESPINOZA, *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*, 2004, p. 124.

⁴⁸⁶ De acordo com RELATÓRIO SOBRE MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL, Fevereiro, 2007, p. 39. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpenal/lex52.htm>. Acesso em: 14 de ago. 2011.

⁴⁸⁷ De acordo com pesquisa realizada por Samantha Buglione e Livia Pithan na Penitenciária Feminina Madre Pelletier e publicada no ano de 1997. In: ESPINOZA, *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*, 2004, p. 124.

⁴⁸⁸ ESPINOZA, Olga, *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*, 2004, p. 131-132.

Relata Wolff ⁴⁸⁹, a partir de estudos realizados no sistema penitenciário do Estado de São Paulo, que todos os entrevistados enfatizaram a importância da família e a preocupação gerada pelo distanciamento e perda de convivência cotidiana decorrente da prisão. A autora informa, ainda, que 70,7% das detentas relataram que possuem filhos e mais da metade tem mais que um filho. Na Penitenciária Feminina do Distrito Federal ⁴⁹⁰, a realidade não é diferente das demais, uma vez que das 312 internas (no ano de 2004), 89% delas tinham filhos.

Há estudos voltados à realidade prisional feminina, oriundos do “Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil”⁴⁹¹. O relatório é de fevereiro de 2007 e teve como objetivo, dentre outros, apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a situação nacional das mulheres encarceradas no Brasil. Dos dados coletados nesse estudo, a nível nacional, nas diversas unidades prisionais de mulheres, depreende-se que em praticamente todos os Estados da Federação a situação que envolve a prisão feminina é similar: aumento significativo da prisão de mulheres; condições carcerárias degradantes, especialmente pela falta de estabelecimentos destinados às mulheres; deficiência no atendimento à saúde, voltada à especificidade feminina; o drama da maternidade, desde a gestação, amamentação até os obstáculos à convivência com os filhos e à manutenção dos vínculos familiares e afetivos.

Pesquisas mais recentes dão conta de que a situação não mudou, ao contrário, os índices de mulheres presas apresentam-se maiores e na sua esmagadora maioria elas são mães. Dados levantados na Penitenciária Madre Pelletier, em Porto Alegre/RS⁴⁹², em amplo e

⁴⁸⁹ WOLFF. Maria Palma. *Antologia de vidas e história na prisão: emergência e injunção de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 44-45.

⁴⁹⁰ PINTO. Ângela Pires. *Mulheres e tráfico de drogas: a realidade da penitenciária feminina do DP*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 3. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 03 de ago.2011.

⁴⁹¹ RELATÓRIO SOBRE MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL. Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional-CEJL; Associação Juizes para a Democracia-AJD; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania-TCC; Pastoral Carcerária Nacional-TCC; Instituto de Defesa do Direito de Defesa-DDD; Centro Dandara de Promotoras Legais Popular; Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude-ASBRAD; Comissão Teotônio Vilela-CTV; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCRIM. Apoio: Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher-CLADEM; Programa para a América Latina da Internacional Women’s Health Coalition. Fevereiro, 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpenal/lex52.htm>. Acesso em: 14 de ago. 2011.

⁴⁹² A pesquisa foi realizada no ano de 2009 e a divulgação no ano de 2010.

aprofundado estudo realizado por Mello⁴⁹³, dentre muitos aspectos estudados pela pesquisadora naquele estabelecimento prisional de mulheres, mostram que entre os maiores problemas encontra-se aquele relacionado ao número de filhos das mulheres condenadas por tráfico de drogas⁴⁹⁴.

O estudo demonstra que o número de mulheres que possuem filhos é muito alto: 25,71% das detentas têm dois filhos; 22,86% têm um filho; 17,14% possuem três filhos; 11,43% têm quatro filhos; 8,57% têm cinco filhos; 2,86% têm seis filhos; 5,71% das mulheres têm sete filhos e 2,86% têm oito filhos. O percentual de mulheres que não têm filhos é de apenas 5,71%.⁴⁹⁵

Importante destacar que os dados acima referidos estão relacionados às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade na Penitenciária Madre Pelletier, com sentença definitiva, pelo delito de tráfico de drogas⁴⁹⁶.

Tentando demonstrar que a realidade prisional envolvendo as mulheres não é uma questão afeta apenas aos maiores centros urbanos do País, apontam-se-se dados de pesquisa realizada no Presídio de Xanxerê/SC., também no ano de 2009, por Melo⁴⁹⁷. No estudo

⁴⁹³ MELLO, Thaís Zanetti de. *(Des) velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre: em busca de alternativas viáveis*. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2010, p. 168-169.

⁴⁹⁴ O tema relacionado ao tráfico de drogas será abordado no tópico seguinte, quando se tratará sobre as condutas delitivas supostamente praticadas pelas mulheres presas e será retomado no terceiro capítulo deste trabalho.

⁴⁹⁵ MELLO, *(Des) velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre: em busca de alternativas viáveis*, 2010, p. 168-169.

⁴⁹⁶ A pesquisadora esclarece que no mês de julho de 2009 havia 530 mulheres presas naquele estabelecimento. Desse total, 360 mulheres estavam presas por tráfico de drogas, significando um percentual de 67,92%. A análise (estudo de dados constantes na pesquisa) foi realizada num universo de 36 mulheres encarceradas, com análise de todos os prontuários, entrevistas, questionários, denúncias e sentenças. Isto possibilitou averiguar a trajetória de cada uma dessas mulheres condenadas por tráfico de drogas, desde a sua entrada na penitenciária até a sua condenação. MELLO, *(Des) velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre: em busca de alternativas viáveis*. 2010, p. 134-136.

⁴⁹⁷ MELLO, Karina Camargo de. *A mulher encarcerada que cumpre pena privativa de liberdade no presídio regional de Xanxerê/SC*. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó, 2009, p. 83.

constatou-se que das 15 mulheres presas naquele local⁴⁹⁸, todas (100%) possuíam filhos. O número de filhos variava de um a cinco.

Observa-se, assim, que o aumento no número de mulheres cerceadas da liberdade e a existência de crianças e jovens, filhos dessas mulheres, constituem uma realidade que envolve tanto os grandes centros urbanos, quanto os pequenos municípios, dos mais diversos Estados da Federação⁴⁹⁹. Sendo uma realidade nacional é, portanto, um problema e uma angústia nacional. A condenação recai, também, sobre os filhos, que se tornam vítimas indiretas ou, quiçá diretas, na questão da separação mãe/filhos, do poder punitivo estatal.

A importância da presença materna e os reflexos resultantes da segregação do convívio entre mães e filhos, no contexto prisional, serão abordados no capítulo terceiro deste trabalho. O estudo também estará voltado à vinculação entre o aprisionamento feminino e o tráfico de drogas e, ainda, sobre a prioridade constitucional dada à família, a importância do amor e do afeto familiar e, por fim, a proteção à saúde pública pretendida pela lei de drogas.

Outro dado interessante é proveniente de pesquisa realizada no Presídio Feminino de Florianópolis⁵⁰⁰ sobre a criminalização familiar em “massa”, decorrente do tráfico de drogas. O problema atinge todos os membros do núcleo familiar, como no exemplo, apontado pelo estudo, de uma família da qual estavam presos a mulher, o marido, a mãe, a irmã e o cunhado. Outro fator observado na mesma pesquisa é o caso da prisão da mulher, juntamente com o marido/companheiro ou, ainda, após a prisão ou a morte do companheiro a mulher passa a “ocupar” o seu lugar no tráfico. Para ter uma “vida boa”, conseguir “pagar advogado”, sustentar os filhos, prover o sustento da família, a qual passa a dirigir.

⁴⁹⁸ Importante destacar que naquele município não há local específico destinado às mulheres e o espaço é o mesmo ocupado pelos homens presos, separados por “paredes” de uma construção única.

⁴⁹⁹ A título ilustrativo e complementar aos dados formalmente levantados pelas pesquisas acima referidas, no sistema prisional de Chapecó/SC, em algumas visitas informais feitas às mulheres presas por esta pesquisadora, pôde-se constatar, na última visita realizada no mês de junho/2011, que existiam 59 mulheres presas e, dessas, apenas duas informaram que não tinham filhos. As demais eram mães e duas delas conviviam naquele local com seus filhos (menores de seis meses). Das 59 mulheres, apenas 10 informaram não estarem presas por crime de tráfico de drogas (Lei n. 11.343/2006).

⁵⁰⁰ JACINTO, Gabriela; MANGRICH, Cláudia; BARBOSA, Mario Davi. *Esse é meu serviço, eu sei que é proibido*: mulheres aprisionadas por tráfico de drogas. p. 10. In: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/artigos>>. Acesso em: 03 de ago. 2011.

O estado civil das mulheres presas não está vinculado à filiação, ou seja, na sua grande maioria, as mulheres são solteiras e têm filhos ou vivem em união estável, mas muitos de seus companheiros também estão presos. Mello⁵⁰¹ aponta que 45,71% das mulheres entrevistadas são solteiras; 42,86% são amigadas e apenas 11,43% são casadas. Outro dado relevante é de que, quando a mãe é presa, 20% das crianças ficam sob a guarda dos pais, ao passo que quando o pai é preso 90% dos filhos ficam sob os cuidados e responsabilidade da mãe.⁵⁰² Esse fator é significativo quando se questiona sobre a quem recairá a responsabilidade da guarda/cuidado dos filhos quando a mãe é presa, sabendo-se que a presença paterna inexistente em inúmeras situações ou quando muitos dos adultos do mesmo núcleo familiar estão presos, como foi acima relatado.

Em relação à idade, a grande parcela da população carcerária feminina (e não é diferente da masculina), de acordo com o que demonstram todas as pesquisas e os dados do Ministério da Justiça, é de mulheres jovens: com idade entre 18 a 35 anos, perfazendo um total próximo dos 60%. Esse número reflete a realidade do sistema prisional: lá estão jovens, muitos jovens!

O grau de escolaridade da população carcerária é uma questão relevante no contexto social. Os dados gerais da população carcerária apontam que aproximadamente 54% das pessoas presas não têm sequer o Ensino Fundamental completo. Em relação às mulheres, o índice é de aproximadamente 45% que não têm o ensino fundamental completo⁵⁰³.

Sobre a formação educativa (educação formal) entre as reclusas, não difere da situação nacional, apresentada pelas demais pesquisas realizadas: dados apontados por Espinoza⁵⁰⁴, em estudo realizado em São Paulo, na Penitenciária Feminina da Capital⁵⁰⁵, 76,59% das detentas têm até o Ensino Fundamental (incompleto ou completo) e apenas 7,19% chegaram ao Ensino Médio (completo ou incompleto). Na

⁵⁰¹ MELLO, (Des) *velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre*: em busca de alternativas viáveis, 2010, p. 167.

⁵⁰² RELATÓRIO SOBRE MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL. Fevereiro, 2007, p. 40. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpenal/lex52.htm>. Acesso em: 14 de ago. 2011

⁵⁰³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL: Sistema Integrado de Informação Penitenciária – InfoPen. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 28 de jul. 2011.

⁵⁰⁴ ESPINOZA, *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*, 2004, p. 131.

⁵⁰⁵ Pesquisa realizada durante os meses de junho a setembro de 2002.

Penitenciária Feminina Madre Pelletier⁵⁰⁶, de Porto Alegre, 68,57% também não têm o Ensino Fundamental completo. No Presídio feminino de Florianópolis⁵⁰⁷, a constatação também é da precariedade do grau de escolaridade das mulheres, onde 23% não completaram o ensino primário (séries iniciais do Ensino Fundamental), 27% não completaram o Ensino Fundamental e 30% não completaram o Ensino Médio. No presídio de Xanxerê⁵⁰⁸, 76% das presas não têm o Ensino Fundamental completo.

Observa-se, assim, que o grau de escolaridade formal é baixíssimo e isso diz respeito a toda população carcerária, sejam homens ou mulheres. A baixa escolaridade é, sem dúvida, um reflexo de exclusão vivenciada por homens e mulheres que se encontram presos, na sua ampla maioria jovens e em idade de frequentar cursos de formação formal. Isso tem repercussão direta na esfera profissional, no exercício de direitos e na consciência de cidadania. Comprova-se essa realidade com os dados demonstrados em muitos estudos sobre a vida profissional desempenhada antes da prisão.

A profissão exercida pelos presos, como um todo, está nitidamente relacionada com o que foi mencionado acima, ou seja, o baixo grau de escolaridade conduz a profissões que exigem pouca especialidade e que, normalmente, são mal remuneradas. A informalidade e a instabilidade são fatores presentes na maioria dos trabalhos exercidos. A precocidade no início da atividade profissional, em idade escolar, é outro fator preponderante.

No contexto feminino envolvendo as mulheres presas por tráfico de drogas, aponta-se que a última atividade profissional exercida era, na sua ampla maioria, a de auxiliar de serviços gerais e, em igual proporção estão as que exerciam a atividade de empregada doméstica. Aparecem, ainda, as ocupações de donas de casa, vendedoras, costureiras, atendentes ou auxiliares de escritório, gari, artesã, cozinheira.⁵⁰⁹ Observa-se, assim, nos dados apontados, que a maioria das mulheres exercia atividade que não exige formação formal específica.

⁵⁰⁶ MELLO, (Des) *velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre: em busca de alternativas viáveis*, 2010, p. 163-164.

⁵⁰⁷ JACINTO; MANGRICH; BARBOSA. *Esse é meu serviço, eu sei que é proibido*: mulheres aprisionadas por tráfico de drogas, p. 6.

⁵⁰⁸ MELLO, *A mulher encarcerada que cumpre pena privativa de liberdade no presídio regional de Xanxerê/SC*, 2009, p. 81-82.

⁵⁰⁹ MELLO, (Des) *velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre: em busca de alternativas viáveis*, 2010, p. 166.

O trabalho informal, autônomo e aquele exercido em situações precárias fazem parte da vida dessa parcela específica da população, mas que são, também, um reflexo de uma característica geral do processo de trabalho no Brasil. Aparecem, assim, novamente, as questões da exclusão e da limitação impostas entre estas e uma vida digna com as mínimas possibilidades de planejamento futuro e segurança.⁵¹⁰

Apesar da baixa remuneração inerente às profissões desempenhadas, grande parte dessas mulheres, antes da prisão, eram as responsáveis pelo sustento dos filhos, especialmente as que são mães solteiras (em número significativo, como anteriormente apontado) e aquelas cujos maridos ou companheiros já estavam presos. Importante ressaltar que, devido ao exercício informal da profissão, a constante mudança de atividade, o grau de vinculação com a previdência social é baixíssimo. O direito ao auxílio-reclusão⁵¹¹ exige requisitos aos quais poucas são as pessoas presas que fazem *jus*. O benefício supriria, em parte, as necessidades da família. Observa-se, assim, o quão falaciosa é a divulgação na mídia, por alguns oportunistas, em campanhas eleitorais, de que “os filhos dos presos recebem mais que os filhos dos trabalhadores”.

Em relação ao trabalho realizado nos presídios (masculinos ou femininos), Espinoza⁵¹² ressalta que ambos são desenvolvidos de forma precária, o que dificulta a inserção do encarcerado no mercado de trabalho. Entretanto, afirma a autora, é possível encontrar diferenças entre o trabalho desenvolvido pelos homens e pelas mulheres. Estas exercem atividades ainda mais precárias, pois sua exclusão precede o ingresso na prisão, permanecendo durante a sua estada no sistema e continuando após a sua saída: o estigma de serem “mulheres e pobres” as acompanha permanentemente no exercício laboral. De catadoras de lixo, empregadas domésticas, vendedoras ambulantes e costureiras passarão a exercer na prisão o trabalho de passadeiras, arrumadeiras,

⁵¹⁰ WOLFF. *Antologia de vidas e história na prisão: emergência e injunção de controle social*, 2005, p. 70.

⁵¹¹ O auxílio-reclusão é um dos recursos sociais assegurados pela Previdência Social, que é pago ao conjunto de dependentes do segurado, durante o período em que estiver preso. Os dependentes receberão o auxílio desde que o preso não receba remuneração de empresa, auxílio-doença ou aposentadoria e que seu último salário mensal não ultrapasse o valor fixado em lei (em torno de dois salários mínimos). O preso deve comprovar a qualidade de segurado e apresentar a certidão de recolhimento à prisão, não se exigindo carência para a obtenção do benefício.

⁵¹² ESPINOZA, *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*, 2004, p. 134-135.

costureiras, dentre outras ocupações de pequena relevância no mercado de trabalho.

Entretanto, apesar da remuneração insuficiente pelo trabalho que desempenham no sistema carcerário (normalmente é para sustento próprio), muitas mulheres mantêm a função de provedora no contexto familiar. A família, para essas mulheres, constitui um referencial incontornável que possibilita suportar as condições de vida e o transcorrer do tempo no cárcere⁵¹³.

Em relação aos “motivos” que conduzem tantas mulheres ao delito de tráfico, interessante é a conclusão da pesquisa da realidade prisional feminina de Florianópolis⁵¹⁴, onde se evidenciou que, dentre as entrevistadas, os discursos assemelhavam-se, ou seja, algumas por necessidade financeira, mas a maioria teria iniciado o envolvimento com o tráfico através da relação de afeto com uma figura masculina (marido/ companheiro/ filho/ irmão/ primo). Essas relações foram os fatores preponderantes nos discursos das criminalizadas, ou seja, praticavam o ato de traficância por se envolverem com alguém que estava envolvido previamente.

Compreender, então, o fenômeno dessas condutas delitivas que têm envolvido mais e mais essas mulheres, é o próximo desafio.

2.4.2 As condutas delitivas: a questão do tráfico de drogas

Se o aumento, nas últimas décadas, da prisão de mulheres, tem realmente vinculação com alguma conduta específica, é o que se propõe a estudar e comprovar.

Os dados levantados em inúmeros estudos são unânimes em apontar que o significativo aumento de mulheres presas está relacionado ao tráfico de drogas⁵¹⁵. A estatística oficial do Ministério da Justiça⁵¹⁶ aponta um percentual aproximado de 64% de mulheres presas por

⁵¹³ ESPINOZA, *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*, 2004, p. 153-154.

⁵¹⁴ JACINTO; MANGRICH; BARBOSA. *Esse é meu serviço, eu sei que é proibido*: mulheres aprisionadas por tráfico de drogas, p. 9.

⁵¹⁵ Lei 11.343 de 23.08.2006 – Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD.

⁵¹⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL: Sistema Integrado de Informação Penitenciária – InfoPen. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 28 de jul.2011. Dados referentes ao mês de junho de 2010.

tráfico de drogas⁵¹⁷, no País. Outrora, o maior percentual de condutas ilícitas cometidas por mulheres estava vinculado aos delitos contra o patrimônio (especialmente furto) ou crimes contra a pessoa (homicídio, infanticídio, aborto, lesões corporais). Atualmente, os delitos contra o patrimônio (incluindo todos os delitos) chegam a um percentual de 24% e aqueles contra a pessoa perfazem um percentual de 6,6%.

Pesquisa realizada na Penitenciária Feminina do Distrito Federal⁵¹⁸, no ano de 2004, já apontava que, das 312 internas naquele estabelecimento, 195 (63%) delas estavam presas em decorrência da Lei 6.368/76 (Lei de drogas que vigorava, à época).

No Estado de Santa Catarina, a situação não é diferente dos dados nacionais e da realidade do restante do País⁵¹⁹, ou seja, 67% das mulheres estão presas por tráfico de drogas.⁵²⁰ Estudo desenvolvido no Presídio Feminino de Florianópolis⁵²¹, entre os anos de 2006 e 2008, aponta que, no ano de 2007, existiam cerca de 150 mulheres encarceradas e, dessas, 71% eram condenadas por tráfico de drogas.

Mello⁵²², de igual forma, aponta que no Presídio Madre Pelletier de Porto Alegre, no mês de julho de 2009, havia um total de 530 mulheres. Dessas, 360 haviam sido aprisionadas por tráfico de drogas, significando um percentual de 67,92% das mulheres. Além das estatísticas oficiais e dos diversos dados levantados em pesquisas acadêmicas, os meios de comunicação de massa, diuturnamente, exibem

⁵¹⁷ Art. 33 da Lei 11.343/06. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.[...].

⁵¹⁸ PINTO, Ângela Pires. *Mulheres e tráfico de drogas: a realidade da penitenciária feminina do DP*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 2 Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 03 de ago.2011.

⁵¹⁹ O Sistema Integrado de Informação Penitenciária – InfoPen possibilita a consulta de dados de todos os Estados da Federação.

⁵²⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL: Sistema Integrado de Informação Penitenciária – InfoPen. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 28 de jul. 2011. Dados referentes ao mês de junho de 2010.

⁵²¹ JACINTO; MANGRICH; BARBOSA. *Esse é meu serviço, eu sei que é proibido: mulheres aprisionadas por tráfico de drogas*, p. 1-3.

⁵²² MELLO, (Des) *velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre: em busca de alternativas viáveis*, 2010, p. 135.

imagens ou reportagens⁵²³ de mulheres presas, supostamente envolvidas com o tráfico de drogas.

A conduta criminalizada como tráfico de drogas está prevista em legislação especial e, atualmente, na Lei 11.343/2006, denominada “nova Lei de drogas”, em virtude da existência de uma lei anterior que tratava sobre o mesmo tema: a Lei 6.368/76, alterada parcialmente pela Lei 10.409/2002 e ambas revogadas pela nova Lei de drogas.

O crime do artigo 33 da Lei 11.343/06 tanto pode ser permanente⁵²⁴ (a maioria das condutas nele previstas), quanto instantâneo⁵²⁵. Com exceção das condutas de fornecer e entregar, ambas de maneira gratuita, todas as demais condutas descritas no artigo 33 são equiparadas aos crimes hediondos, por configurarem-se tráfico de drogas. Portanto, o tratamento dado a quem comete tais condutas é aquele previsto na Lei 8.072/90, Lei dos crimes hediondos. Dentre os gravames em relação aos delitos comuns está a obrigatoriedade do início do cumprimento da pena em regime fechado e que, até o ano de 2007, deveria ser cumprida integralmente nesse regime, motivo de muita polêmica e que resultou na alteração da legislação.⁵²⁶

A grande maioria das mulheres presas responde por uma das condutas previstas na Lei de drogas, no artigo 33⁵²⁷, inúmeras vezes combinada com o artigo 40, III⁵²⁸, quando levam as drogas ao

⁵²³ Reportagem recente, veiculada no Jornal Correio do Povo, de 19 de junho de 2011, p. 17, com o título “Aumenta prisão de mulheres por tráfico”, relata que “o envolvimento das mulheres no tráfico de drogas, na região de Sapucaia do Sul, de janeiro e maio deste ano, resultou na prisão de 89 pessoas suspeitas de tráfico de drogas. Destas, 78% - o equivalente a 69 pessoas - eram mulheres.”

⁵²⁴ Conforme Bitencourt, diz-se permanente para o crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal* – parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 255.

⁵²⁵ Instantâneo é o crime que se esgota com a ocorrência do resultado. Não significa praticado rapidamente, mas que uma vez realizados os seus elementos nada mais se poderá fazer para impedir sua ocorrência. BITENCOURT, *Tratado de Direito penal* – parte geral, 2011, p. 254-255.

⁵²⁶ A Lei 11.464/07 alterou o §2º do art. 2º da Lei 8.072/90: A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 de pena, se o apenado for primário, e de 3/5 se reincidente.

⁵²⁷ Artigo acima transcrito.

⁵²⁸ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; [...].

estabelecimento penal ou, ainda, com o artigo 35⁵²⁹, na denominada “associação para o tráfico”, situação esta que envolve inúmeras das mulheres, em decorrência do relacionamento com os companheiros. Sem falar que a grande parcela das presas é jovem e que muitas delas também são usuárias das substâncias tornadas ilícitas. No entanto, o tratamento dispensado a elas é o de “traficante”.

Ocorreram mudanças na conduta delitiva das mulheres e os crimes por elas cometidos já não se encaixam nos denominados “delitos femininos”⁵³⁰. A conclusão é de Espinoza⁵³¹ que afirma o incremento de índices de condenações por tráfico de entorpecentes, roubos, sequestros, dentre outros. Ocorreu, então, uma desvinculação da categoria de gênero para se alinhar no que a autora chama de “criminalidade da pobreza”.

Existiria, então, alguma explicação para esse aumento de mulheres envolvidas com a questão das drogas tornadas ilícitas? O que parece claro é que não ocorreu propriamente uma “migração” dos delitos anteriormente praticados (crimes contra a vida ou contra o patrimônio) para os delitos envolvendo as drogas ilícitas, mas sim um incremento dessa conduta que outrora era pouco praticada por mulheres. Os relatos que se tinha envolvendo ditas condutas estavam, na sua imensa maioria, vinculados às de adentrar nos estabelecimentos carcerários com a droga ilícita (para entregá-las aos filhos, maridos ou companheiros presos) e que, em muitas situações, a mulher não tem outra escolha, por estar sofrendo alguma forma de coação.

Nesse sentido, é oportuna a manifestação de Rosa⁵³² sobre o tema envolvendo tais condutas⁵³³, ou seja, se levar droga para parente no estabelecimento penal é tráfico: “O que pode parecer apenas mais uma modalidade de tráfico, quem sabe, pode ser o sintoma de uma conduta que está sendo mal avaliada por quem é incapaz de perceber o entorno da conduta [...]”. Quiçá, muitas destas mulheres não possuem escolha. Diante de uma situação de coação, de intimidação, de submissão, de saudade e de dor, seria plausível esperar conduta diferente? Como diz Rosa⁵³⁴: “Misturando cinismo com ingenuidade se diz que se eram ameaçadas não deveriam mais realizar visitas. Quem pensa assim não

⁵²⁹ Art.35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente, ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

⁵³⁰ Infanticídio, aborto, homicídio passional.

⁵³¹ ESPINOZA, *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*, 2004, p. 126.

⁵³² ROSA, Alexandre Morais da. *Levar droga para parente no estabelecimento penal é tráfico?* Jornal Carta Forense, São Paulo, março de 2011, p. A16.

⁵³³ Artigo 33, caput c/c o artigo 40, III, da Lei 11.343/2006.

⁵³⁴ ROSA, *Levar droga para parente no estabelecimento penal é tráfico?* 2011, p. A16.

vive na terra! Não é tão simples assim...”. Importante é a menção que o autor faz a uma decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁵³⁵ que absolveu uma mulher por “transportar” substância entorpecente para o estabelecimento penal, com fulcro nos artigos 22 do Código Penal⁵³⁶ e 386, V do Código de Processo Penal⁵³⁷, por restar configurada a “coação moral irresistível”.

A leitura descompromissada com a realidade pode ser o motivo de tantas mulheres estarem presas por este fundamento, diz Rosa⁵³⁸, enfatizando que já não é mais possível analisar o dolo com fundamento na simples conduta, não considerando os meios e as condições em que a agente encontra-se inserida. Isso não significa dizer que todas as condutas dessa espécie possam ser excluídas da responsabilidade, mas o que se quer superar é a concepção meramente objetiva e que vislumbra a conduta, ou seja:

[...] pelos olhos de um burguês, com salários em dia, cujo parente ou companheiro não se encontre preso, muito menos ameaçado, mas justamente alguém que de regra, mora em condições degradantes, sob pressão de controladores do local [...] e que se usa drogas dentro dos estabelecimentos penais.⁵³⁹

A concepção de crime proposta por Queirós está intimamente relacionada aos dizeres de Rosa, uma vez que para Queiroz⁵⁴⁰ o que se conhece por crime não é uma coisa, algo passível de ser tocado, medido; não é algo sólido, nem gasoso, nem líquido, nem vegetal e nem animal.

⁵³⁵ EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE – COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL – HIPÓTESE VERIFICADA – CAUSA LEGAL DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE – INTELIGÊNCIA DO ART. 386, VI DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – RECURSO NÃO PROVIDO (TJ/SC – Autos de Apelação Criminal n.2008.067407-4, da capital, Relator Des. Moacyr de Moraes Lima Filho). In: ROSA, *Levar droga para parente no estabelecimento penal é tráfico?* 2011, p. A16.

⁵³⁶ Art. 22. Se o fato é cometido sob coação resistível ou em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, do superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

⁵³⁷ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art.28, todos do Código Penal) ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência [...].

⁵³⁸ ROSA, *Levar droga para parente no estabelecimento penal é tráfico?* 2011, p. A16.

⁵³⁹ ROSA, *Levar droga para parente no estabelecimento penal é tráfico?* 2011, p. A16.

⁵⁴⁰ QUEIROZ, Paulo. *A propósito do conceito definitorial de crime*. In: Boletim IBCCRIM-ano 19- n°224- julho de 2011, São Paulo, p. 15.

O crime não existe fisicamente. O delito não é, então, algo dado, mas socialmente construído. Não é uma qualidade da conduta, mas uma relação entre o sujeito e a ação assim designada. Por isso a interpretação é a forma mesma de realização do direito. O sentido das coisas não é dado pelas próprias coisas, mas pelo sentido que se dá num universo de possibilidades, inclusive a falta de sentido. A interpretação é o ser do direito e o ser do direito é um devir. Por conseguinte, não existem fenômenos criminosos, mas tão somente uma interpretação criminalizante dos fenômenos.

A história da criminalização das drogas indica o quanto, nas últimas décadas, o sistema de justiça criminal voltado ao proibicionismo constrói um grave problema social, a fim de justificar sua intervenção, resultando em violações constantes dos direitos fundamentais dos cidadãos. Difundem-se discursos sobre a necessidade do recrudescimento do sistema repressivo. Intensifica-se a produção de normas penais e processuais penais mais repressivas e que aumentam o poder de coação do Estado e intensificam a punição: tipos penais abstratos, aumento da pena privativa de liberdade; imposição de regime mais rigoroso, dentre outros. De todas as formas, a ineficácia das normas repressivas, no que diz respeito às drogas, demonstra sua total inadequação, o que impulsiona uma reflexão sobre as funções latentes e verdadeiramente perseguidas com essa espécie de política criminal.⁵⁴¹

Retornando, então, ao contexto feminino, o que se tem ouvido, especialmente nos meios de comunicação de massa, é que muitas mulheres estão sendo presas juntamente com seus maridos ou companheiros, no interior de suas residências ou mesmo quando dão continuidade ao “comércio” desempenhado por eles, após a prisão. Isso resta novamente evidenciado no trabalho de campo⁵⁴² onde o relato é de que, apesar de o número de mulheres solteiras preponderar, as mulheres têm um vínculo com seus companheiros, quando o assunto é o tráfico de drogas. Relatos femininos dão conta da existência de liame amoroso no seu envolvimento com as drogas, por intermédio desse vínculo envolvem-se com o tráfico. Fato é que, diz Mello, não há como ignorar

⁵⁴¹ SABADELL, Ana Lúcia; ELIAS, Paula. *Breves reflexões sobre a política internacional de drogas: o papel das Nações Unidas*. In: *Direito penal no terceiro milênio – estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. BITENCOURT, Cezar Roberto (Coordenador). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 217-218.

⁵⁴² MELLO, (Des) *velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre: em busca de alternativas viáveis*, 2010, p. 167-168.

que os homens envolvem as mulheres ou elas se deixam envolver pelos homens na comercialização de drogas.

O envolvimento pode ocorrer das mais diversas formas⁵⁴³, dentre elas pode-se destacar: as mulheres levam drogas para o interior dos estabelecimentos penais (as denominadas “mulas”), como anteriormente mencionado, e que em muitas situações não possuem escolhas, configurando-se, nitidamente, a “coação moral irresistível”. Ainda, na mesma situação podem estar aquelas mulheres que se envolvem como “entregadoras”, sendo monitoradas/comandadas do interior do sistema prisional por seus companheiros e que, como no caso anterior, sofrem coações, com ameaças à vida de familiares, do companheiro preso ou de sua própria vida.

Outra situação que se tornou ultimamente comum é aquela já mencionada, ou seja, o companheiro trafica no interior da residência e a mulher é presa juntamente com ele ou, ainda, após a prisão do companheiro ela, que é dona de casa ou não tem emprego, dá continuidade à atividade que ele exercia e “comercializa” a substância, tornando-se a atividade que dá sustento à família.

Em relação às prisões realizadas no interior das residências, é relevante mencionar que o ingresso nas casas à noite, por parte dos agentes policiais é uma atividade rotineira. O fundamento utilizado é de que a Constituição Federal possibilita tal ingresso quando se trata de situação de flagrante delito e como inúmeras situações descritas no tipo legal, consideradas tráfico, configuram-se como crime continuado, a situação de flagrante seria, em tese, possível.

A esse respeito, não se pode esquecer que a residência da pessoa é um local sagrado e inviolável. Essa garantia constitucional foi decorrente de todo um contexto histórico de violações ao lugar mais íntimo que o ser humano tem: o seu *habitat* familiar. O ingresso na casa das pessoas era contumaz em épocas não tão distantes. Agentes policiais adentravam a qualquer hora do dia ou da noite, bastava haver “suspeitas” e as violações à intimidade ocorriam. Ainda hoje, além das famosas “varreduras” (obviamente não na região central das cidades e muito menos em bairros nobres), mas em bairros pobres, em morros, favelas, ou seja, nas regiões denominadas de maior “periculosidade”, ocorrem os ingressos nas casas em que “supostamente” estaria ocorrendo tráfico de droga, seja durante o dia ou durante a noite. Não

⁵⁴³ E isto também restou evidenciado na pesquisa de Mello. MELLO, (Des) *velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre*: em busca de alternativas viáveis, 2010, p. 168.

existindo droga, normalmente, algum outro objeto, supostamente ilícito, é encontrado (por exemplo, arma de fogo ou outro bem material desacompanhado de “nota fiscal”) e que, de igual forma, “justificaria” o ingresso sem mandado judicial (se durante o dia) ou o ingresso à noite, por ser, também, uma situação de delito continuado e, portanto, de flagrante delito.

A questão é: será que o legislador constituinte, que demonstrou tamanha preocupação com a inviolabilidade do domicílio, após décadas de desrespeito absoluto à intimidade das pessoas e à proteção do lugar mais sagrado das famílias, pensou nas situações dos crimes permanentes, como é o caso do tráfico de drogas? Ou sua intenção, com as exceções previstas, era de permitir as situações de flagrante delito, similar a outra exceção prevista que é a de prestar socorro, como o exemplo de alguém que está sendo agredido, nos crimes contra a vida?

No Estado de Direito Democrático, a função maior do ordenamento jurídico é limitar o exercício do poder estatal, com vista a garantir a dignidade, garantir a liberdade e o bem-estar de cada indivíduo. Em uma democracia, o ordenamento jurídico em matéria penal e processual não deve se voltar apenas à repressão para fazer valer o ainda tolerado poder punitivo. Ao contrário, deve voltar-se à tutela da liberdade como uma forma de limitar o violento, danoso e doloroso poder estatal, enquanto ele ainda é tolerado.⁵⁴⁴

Diz-se que a violência é o abuso da força. Entretanto, afirma Muller⁵⁴⁵: “a violência, por si mesma, é um abuso; o próprio uso da violência é um abuso e abusar de alguém é violá-lo”. E é preciso dizer mais do que isso, afirma o autor, pois: “toda a violência que se exerce contra o homem é uma violação: a violação do seu corpo, da sua identidade, da sua personalidade, da sua humanidade.” Portanto, toda a violência é destruição e crueldade e atinge sempre o rosto que deforma pelo efeito do sofrimento: “a violência fere e magoa a humanidade daquele que a sofre”.⁵⁴⁶

Young⁵⁴⁷ questiona como é possível conter no interior de suas fronteiras uma parcela permanentemente despossuída, numa sociedade fortemente apegada aos valores da meritocracia, mas que nega a muitos a participação na competição? O cordão sanitário secciona o mundo dos perdedores do mundo dos vencedores, tentando tornar a vida mais

⁵⁴⁴ KARAM, *Proibições, riscos, danos e enganos*: as drogas tornadas ilícitas, 2009, p. 21.

⁵⁴⁵ MULLER, Jean-Marie. *O princípio de não-violência* – percurso filosófico. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 32.

⁵⁴⁶ MULLER, Jean-Marie. *O princípio de não-violência* – percurso filosófico, 1995, p. 32.

⁵⁴⁷ YOUNG, *A sociedade excludente*, 2002, p. 42.

tolerável para os vencedores e transformar os perdedores em bodes expiatórios.

O poder punitivo, na América Latina, é exercido, de acordo com Zaffarini⁵⁴⁸, mediante medidas de contenção para suspeitos “perigosos”, ou seja, está voltado a um direito de “periculosidade presumida” e que se constitui na base de imposição de penas, sem sentença condenatória formal, em grade parta da população carcerária. O pensador está falando da grande parcela da população carcerária que cumpre pena em decorrência de prisões cautelares e enfatiza que existe uma notória resistência dos Tribunais em absolver pessoas que permanecem em prisão preventiva, só decidindo favoravelmente ao preso quando não encontrou nenhuma possibilidade de condenação.

A abordagem feita por Zaffaroni evidencia-se intensamente nas condutas envolvendo o tráfico de drogas. No caso das mulheres presas, conforme acima constatado, o número de mulheres aguardando a condenação é muito alto.

No contexto brasileiro, reforma recente da legislação processual penal, em relação às prisões processuais, inseridas pela Lei 12.403 de 04 de maio de 2011⁵⁴⁹, foi recebida com aplausos pela grande maioria dos juristas. A legislação introduz no ordenamento jurídico brasileiro medidas cautelares diversas da prisão preventiva e que devem precedê-la, sempre que for possível. Isso é um avanço à democracia brasileira, ou seja, todas as restrições à utilização de prisões antes da sentença penal condenatória, voltadas a um processo penal mais democrático e garantista, contribuem para a redução do número de pessoas presas provisoriamente.

Por fim, o pensamento de Carvalho⁵⁵⁰ serve para dar continuidade ao tema sobre a questão de drogas a ser trado no capítulo seguinte, quando afirma que “o modelo de guerra às drogas encontra na ideologia de Defesa Social seu fundamento ótimo”. O autor explica que a visão universalista da defesa social “absorve e aprisiona a alteridade, convocando postulados de moralidade para a eterna cruzada do bem contra o mal”. Uma das principais consequências é fomentar a incidência vertical e seletiva das agências de punibilidade, dificultando políticas públicas, voltadas a efetivar valores constitucionalmente previstos, como a tolerância, o pluralismo e o respeito à diversidade.

⁵⁴⁸ ZAFFARONI, *O inimigo no direito penal*, 2007, p. 71.

⁵⁴⁹ Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

⁵⁵⁰ CARVALHO, *A política criminal de drogas no Brasil*, 2010, p. 298.

Essa forma de intervenção totalizante imprimida pelas agências centrais torna a diversidade refém das reformas uníssonas, obstaculizando intervenções pautadas no respeito à autonomia cultural e à liberdade individual quando se confrontam situações marcadas pela diferença.

Então, a proposta da próxima etapa deste trabalho é conduzir a outras reflexões que envolvem a mulher privada da liberdade. Para tanto, o primeiro enfoque estará relacionado à prisão, enquanto instituição total. Essa sociedade prisional, de ambiente fechado, onde parcela de pessoas, repentinamente e de forma coercitiva, se vê envolvida.

Estudar os direitos fundamentais vinculados à mulher encarcerada, como o direito de cumprir sua pena em estabelecimento distinto, de ser respeitada com dignidade e humanidade, de ter direito à permanência com seus filhos, voltado à preservação dos laços maternos, é outro desafio. De suma relevância é compreender a questão familiar, a garantia prioritária dada à criança e ao adolescente nas políticas públicas, o direito à convivência familiar, à solidariedade dessas relações, ao amor e ao afeto.

Por fim, como se pode observar, o aumento da prisão de mulheres está diretamente vinculado à questão de drogas tornadas ilícitas. Assim, faz necessário compreender a realidade que envolve esta questão, para contextualizar quais os bens jurídicos que estão envolvidos. Por um lado existe a preocupação do Estado com a “saúde pública” e que o enfrentamento às drogas buscaria resolver. Do outro está a questão familiar que esse Estado também assumiu um compromisso constitucional de proteger. Propõe-se, na sequência, aprofundar ditas questões.

CAPÍTULO III

3 A MULHER APRISIONADA E OS REFLEXOS SOCIAIS E FAMILIARES DECORRENTES DO CÁRCERE: AS DROGAS E AS DORES DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE.

O mundo ao avesso nos ensina a padecer a realidade ao invés de transformá-la, a esquecer o passado ao invés de escutá-lo e a aceitar o futuro ao invés de imaginá-lo. [...] Mas está visto que não há desgraça sem graça, nem cara que não tenha sua coroa, nem desalento que não busque seu alento. Nem tampouco há escola que não encontre sua contraescola.

(Eduardo Galeano)

Há dois temas fundamentais que se entrecruzam: a vida familiar e os direitos humanos. É nesse sentido que Groeninga⁵⁵¹ enfatiza a necessidade de integração de diferentes disciplinas para se ter uma visão mais ampla e para não excluir os diferentes níveis da realidade, estudadas em cada área do saber, de forma isolada. Sendo, portanto, o papel específico da atividade interdisciplinar o de construir pontes para religar fronteiras anteriormente estabelecidas.

O conhecimento é construído pela dinâmica das diferenças e das semelhanças, o mesmo processo que se dá no desenvolvimento do psiquismo humano. A psicanálise traz luz ao sujeito em seus relacionamentos; mostram que é entre o sujeito e o outro que se formam a objetividade e a subjetividade e que existe muito mais entre o sujeito e o outro do que sonha a vã objetividade. Somente quando se leva em consideração a subjetividade é que se consegue desenvolver capacidades de reflexão, consciência e responsabilidade, que são altas qualidades humanas.⁵⁵²

São urgentes novas formas de pensar e repensar as relações; resgatar e aprimorar boas ideias: sem mortes, sem abandonos, sem medos. Necessário e urgente pensar. Pensar, perceber a diferença e exercitar a alteridade e a solidariedade. Falar em execução penal é, sem dúvida, parte desse exercício e é, em parte, como “[...] estar pendurado

⁵⁵¹ GROENINGA, *O direito a ser humano*: da culpa à responsabilidade, 2003, p. 95-96.

⁵⁵² GROENINGA, *O direito a ser humano*: da culpa à responsabilidade, 2003, p. 97.

em algum fio... capaz de arrebentar a qualquer instante... em alguma dignidade massacrada, em algum indivíduo executado.”⁵⁵³

A proposição de Warat⁵⁵⁴ é para um processo de transformação de uma concepção individualista para outra, onde o sujeito possa considerar-se como parte do direito, enquanto alteridade, enquanto espaços de relação com os outros, pois no fundo, a alteridade não deixa de ser um espaço biográfico compartilhado. Portanto, o eixo central fundante e que atravessa todo o desenvolvimento de uma concepção de direito emancipatória é a alteridade.

Por isso, diz Rosa⁵⁵⁵, é necessário assumir a autonomia do ator jurídico no processo de atribuição de sentido. A realidade só existe quando vertida em linguagem. Não se pode atribuir significado se não se recorrer às práticas sociais. A relação não é mais “sujeito-objeto”, mas “sujeito-sujeito”. Já não é mais sustentável pretender construir uma teoria do direito positivo, exclusivamente de caráter formal, embora instrumentalmente útil, pois a postura formalista busca na teoria um sentido ao mundo da vida, distanciando-se gradualmente da realidade, coisificando os sujeitos e os conflitos existentes no âmbito social.

Por essa necessidade interdisciplinar é que se dá a abordagem ampla envolvendo este estudo e, assim, faz-se necessária a compreensão da dignidade humana, dos direitos fundamentais e dos mecanismos para sua proteção e efetivação, de acordo com o garantismo jurídico. São temas que impulsionaram o estudo da temática proposta envolvendo as mulheres, as drogas, o cárcere, os filhos e, por fim, a necessidade urgente de refletir seriamente sobre estas questões.

Nessa contextualização interdisciplinar é que se relembra que a Constituição Brasileira de 1988 reconhece alguns direitos básicos indispensáveis para que as pessoas tenham condições dignas de vida. Dentre tais estão o direito à moradia, à educação, à saúde, ao lazer, à alimentação, dentre outros. Entretanto, o desrespeito à dignidade da pessoa humana em relação a tais direitos ocorre, em inúmeras situações, pelo próprio Estado, que deveria ser o responsável pela sua observância. Quem deveria ser o garantidor ocupa o papel, em inúmeros espaços da vida de seus cidadãos, de violador daquilo que se propôs a garantir.

⁵⁵³ BUGLIONE, *O dividir da execução penal*: olhando mulheres, olhando diferenças, 2007, p. 139.

⁵⁵⁴ WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio!* Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização de Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 86-87.

⁵⁵⁵ ROSA, *Decisão penal*: a bricolage de significantes, 2006, p. 195-199.

Em tempos de globalização neoliberal, não é desconhecida a realidade de inúmeros países, e dentre eles o Brasil, nos quais não há mais nenhuma preocupação com o bem-estar social, por mais que algumas campanhas pontuais tentem “amenizar” essas mazelas. O desemprego ainda é alto; o trabalho é informal; o sistema de educação é deficitário; os investimentos na saúde são irrisórios; as moradias dignas são escassas e a miséria continua a alastrar-se.

Essa forma de violência, ressalta Oliveira⁵⁵⁶, que não é noticiada com “espanto” pela mídia e seus hipócritas propagandistas, faz parte do cotidiano dos escolhidos pelo sistema punitivo, o qual está encarregado de duplicar o sofrimento daqueles que já estão em sofrimento pela falta de condições de viver. Segurança? Nunca tiveram, pois nunca souberam como seria o dia de amanhã.

A violência não provém apenas das ações violentas diretas, mas da violência indireta denominada “violência estrutural”, gerada pelas estruturas políticas, econômicas ou sociais e que criam situações de opressão, de exploração e de alienação.⁵⁵⁷

Certamente, afirma Muller⁵⁵⁸, a intenção destruidora da ação violenta é imediatamente perceptível, mas as situações de injustiças são mais difíceis de detectar. Entretanto, não há dúvidas de que as vítimas dessas situações sofrem uma violência que atenta contra sua dignidade e liberdade e que pode fazer refletir sobre elas uma real ameaça de morte. Uma situação de injustiça viola a humanidade daqueles que a sofrem e, segundo a concepção de Kant, numa situação de opressão, de exploração e de alienação, o homem é tratado apenas como um meio e não considerado como um fim em si mesmo.

Contrariamente ao que é divulgado pela enganosa publicidade, o sistema penal não se destina a fornecer proteção, segurança, tranquilidade, justiça, mas atua como mera manifestação de poder, servindo como instrumento de dominação de que se valem os mais diversos Estados para obter disciplina e controle social, para manter e reproduzir a organização e o equilíbrio global das formações sociais nas quais surgiram historicamente.⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ OLIVEIRA, Anderson Lodetti de. Redução da idade penal: um velho sonho para os jovens sonhadores. In: *Verso e reverso do controle penal – (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. vol. II. ANDRADE, Vera Regina de. (Organizadora). Florianópolis: Boiteux, 2002, p. 215.

⁵⁵⁷ MULLER, *O princípio de não-violência – percurso filosófico*, 1995, p. 32-33.

⁵⁵⁸ MULLER, *O princípio de não-violência – percurso filosófico*, 1995, p. 33.

⁵⁵⁹ KARAM, *Recuperar o desejo de liberdade e conter o poder punitivo*, 2009, p.23.

Young fala sobre dificuldades e diferenças marcadas pela acelerada esgarçada do tecido social do mundo industrializado, especialmente no último terço do século XX⁵⁶⁰, marcado pelo crescimento do individualismo e das demandas de igualdade social emergentes das forças de mercado que envolveram e mudaram todos os cantos e recantos da vida social. Neste contexto, evidencia-se o lento, mas constante desgaste do respeito, tanto na política quanto na vida pública, na escola ou na família. Trata-se de uma sociedade inclusiva e de estabilidade para uma sociedade excludente de mudança e divisão. A exclusão se dá, no mundo moderno recente, nos níveis de exclusão econômica dos mercados de trabalho, na exclusão social entre as pessoas na sociedade civil e nas atividades excludentes do sistema de justiça criminal e da segurança privada.

A exclusão é refletida por Galeano⁵⁶¹, na afirmação que quando um delinquente “mata por dívida não paga, a execução se chama *ajuste de contas*; e se chama *plano de ajuste* a execução de um país endividado, quando a tecnocracia internacional resolve liquidá-lo.” Em outra passagem, a exclusão é novamente enfatizada por Galeano⁵⁶²: “Este mundo, que oferece o banquete a todos e fecha a porta no nariz de tantos, é ao mesmo tempo igualador e desigual: *igualador* nas idéias e nos costumes que impõe e *desigual* nas oportunidades que proporciona.”

É, pois, no contexto prisional que a exclusão social manifesta-se e mais do que isto, onde a permuta do papel do Estado de garantidor para violador evidencia-se com absoluta transparência. A pessoa condenada à pena privativa de liberdade é afetada, diuturnamente, em sua dignidade. Se ao Estado foi permitido privar-lhe a liberdade, ao Estado também incumbe resguardar-lhe os direitos que são inerentes à sua dignidade como pessoa.

Não há como o jurista manter-se alheio a essa realidade que permeia o sistema penal. Não há como compreender o poder punitivo exercido pelo sistema penal sem avançar além da lei. Nas precisas palavras de Batista⁵⁶³, a partir do momento em que o jurista desce da “torre de marfim tecnicista” esbarra na formidável configuração que o sistema penal impõe à organização social. Ou seja, com sua seletividade,

⁵⁶⁰ YOUNG, *A sociedade excludente*, 2002, p. 11.

⁵⁶¹ GAELANO, Eduardo. *De pernas pro ar* – A escola do mundo ao avesso. Tradução de Aergio Faraco. Porto Alegre: L& PM Pocket, 2009, p. 6.

⁵⁶² GAELANO *De pernas pro ar* – A escola do mundo ao avesso, 2009, p. 25.

⁵⁶³ BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: *Verso e reverso do controle penal* – (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. vol. I, ANDRADE, Vera Regina de. (Organizadora). Florianópolis: Boiteux, 2002, p. 153.

com sua atribuição de vigilância, com os símbolos que estão em circulação, com os estereótipos criminais, com as suspeitas, dentre outras configurações que o sistema penal é constituído. Por isto a necessidade do envolvimento com todas essas complexidades.

Para compreender a continuidade da temática deste estudo, torna-se relevante lembrar, com o pensamento de Carvalho⁵⁶⁴, que o processo de elaboração da Constituição de 1988, atendendo ao fundamento genealógico do Direito penal moderno, fixou limites ao poder repressivo. Entretanto, com apoio dos partidos políticos de esquerda e movimentos sociais, projetou um sistema criminalizador inédito no constitucionalismo brasileiro e, por isso, a denominação de Constituição penal dirigente. Ou seja, se a Constituição recepcionou anseios punitivos de movimentos sociais no que se refere à tutela de direitos sociais e transindividuais, não deixou, de igual forma, de recepcionar os projetos do recrudescimento penal propalado pelo Movimento de Lei e Ordem, como é o exemplo da Lei dos Crimes Hediondos⁵⁶⁵ e a constrição de direitos nos casos de tráfico de entorpecentes⁵⁶⁶.

Molina e Gomes⁵⁶⁷ afirmam que “o crime não é um tumor nem uma epidemia, senão um doloroso ‘problema’ interpessoal e comunitário”. Trata-se de uma realidade próxima, cotidiana, “quase doméstica: um problema da comunidade, que nasce ‘na’ comunidade e que deve ser resolvido ‘pela’ comunidade.” Por isso a proposição deste trabalho do envolvimento de outros segmentos sociais como forma de enfrentamento desta nova realidade prisional e que seja coerente e eficaz, na questão envolvendo as mulheres/mães presas e suas famílias/filhos.

Cidadania significa não-exclusão: é a inserção das várias representações sociais da família, da valorização do sujeito de direito em seu sentido mais profundo e ético; é a inclusão e a consideração das diferenças como imperativo da democracia.⁵⁶⁸ Nesse sentido é que a questão familiar também ganha relevo neste estudo.

⁵⁶⁴ CARVALHO, *Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais*, 2002, p. 39.

⁵⁶⁵ Artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal de 1988.

⁵⁶⁶ Artigo 5º, inciso XLIII e inciso LI da Constituição Federal de 1988.

⁵⁶⁷ MOLINA; GOMES, *Criminologia*, 2002, p. 396.

⁵⁶⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. GROENINGA Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenadores). Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 156.

3.1 A PRISÃO COMO INSTITUIÇÃO TOTAL

A punição, pouco a pouco, deixou de ser uma cena: é a supressão do espetáculo punitivo. No fim do século XVIII e início do século XIX, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. É assim que Foucault⁵⁶⁹ descreve o desaparecimento do corpo como alvo principal da repressão penal. Desde então, afirma o filósofo, o escândalo e a luz passam a ser partilhados de outra forma: “é a própria condenação que marcará o delinqüente com sinal negativo e unívoco”. Há a publicidade dos debates e da sentença. Quanto à execução, ela é como uma “vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado” e a execução da pena vai se tornando um setor autônomo e o essencial da pena, para os juízes, não consiste em punir, mas:

[...] o essencial é procurar corrigir, reeducar, “curar”; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores. Existe na justiça moderna e entre aqueles que a distribuem uma vergonha de punir, que nem sempre exclui o zelo; ela aumenta constantemente: sobre esta chaga pululam os psicólogos e o pequeno funcionário da ortopedia moral.⁵⁷⁰

Então, afirma Foucault⁵⁷¹, “o sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos”. E foi assim que um “exército” de técnicos veio substituir o carrasco: os guardas, os capelães, os médicos, os psicólogos, os psiquiatras, os educadores, e tudo isto visando um objetivo bem mais “elevado”. Desaparece, então, o grande espetáculo da punição física e exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetra-se na época da sobriedade punitiva.

Então, se não é mais ao corpo que se dirige a punição, sobre o que ela se exerce? “[...] à expiação que tripudia sobre o corpo deve

⁵⁶⁹ FOUCAULT, *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões, 2004, p. 12-18.

⁵⁷⁰ FOUCAULT, *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões, 2004, p. 13.

⁵⁷¹ FOUCAULT, *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões, 2004, p. 14-16.

sucedem um castigo que atue profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade; [...]”⁵⁷². Assim, não é mais o corpo, é a alma.

Essa é a resposta que teve início por volta de 1780 e ainda não se encerrou. O abrandamento da severidade penal foi visto, de forma geral, durante muito tempo, como se fosse um fenômeno quantitativo, ou seja, “[...] menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente.”⁵⁷³

Os maus tratos, a tortura, as situações vexatórias e as ameaças, inúmeras vezes empregadas por órgãos policiais, são altamente deteriorantes. Entretanto, diz Zaffaroni⁵⁷⁴, a parte mais significativa da deterioração condicionante diz respeito à “instituição total” conhecida como prisão. É uma instituição que se comporta como uma “verdadeira máquina deteriorante”, geradora de uma patologia que tem como principal característica a regressão. O preso é levado à condição de vida diversa de um adulto, pois é privado de tudo o que usualmente um adulto faz. É ferido na sua autoestima de todas as maneiras imagináveis, com a perda absoluta de sua privacidade, submissão a revistas degradantes. A tudo isso agregam-se as condições deficientes da ampla maioria das prisões: falta de higiene, de assistência médica, alimentação precária, superpopulação.

A pena nem visa fazer sofrer o condenado e nem pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana. Para Batista⁵⁷⁵, esse é o fundamento do princípio da humanidade. O princípio pertence à política criminal, mas é proclamado por vários ordenamentos jurídicos positivos, dentre eles o brasileiro, com previsão explícita na Constituição, no artigo 5º, incisos III, XLVI e XLVII, que expressam, respectivamente, a vedação de tortura, de tratamento cruel ou degradante; a individualização, ou seja, a proporcionalização da pena; a proibição de penas de morte, cruéis ou perpétuas. Assim, o princípio da humanidade intervém na cominação, na aplicação e na execução da pena.

As prisões são exemplo nítido do que consiste uma instituição total. Goffman⁵⁷⁶ conceitua a instituição total como:

⁵⁷² FOUCAULT, *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões, 2004, p. 16.

⁵⁷³ FOUCAULT, *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões, 2004, p. 18.

⁵⁷⁴ ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas*, 2001, p. 135.

⁵⁷⁵ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 99-100.

⁵⁷⁶ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 6. ed. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 11-16.

[...] um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, leva uma vida fechada e formalmente administrada.

Toda instituição tem tendências de “fechamento” e este fechamento ou seu caráter total é simbolizado pela barreira à relação social com o mundo exterior e por proibições de saída, configuradas pelo meio físico, como paredes altas, arame farpado, fossos, dentre outros.⁵⁷⁷

O uso generalizado da privação da liberdade humana, como principal forma de sanção penal, deu lugar a um elevado número de comunidades, nas quais convivem de dezenas a milhares de pessoas. Essa coexistência grupal, obviamente, originou um sistema social, desenvolvendo um regime interno próprio, informal. Nessa sociedade, dentro da sociedade maior, foram alteradas, drasticamente, numerosas feições da comunidade livre.⁵⁷⁸

Na sociedade prisional, de ambiente fechado, inicialmente resultante de ordem judicial e que se mantém quase sempre afastada de sua execução, é que indivíduos, repentinamente e de forma coercitiva, vêem-se envolvidos. Oliveira⁵⁷⁹ afirma que nessa comunidade passam a conviver indivíduos das mais diversas procedências, de famílias, ambientes, religiões, idades, costumes diferentes, separados de maneira repentina da sociedade livre e, obrigatoriamente, desenvolvendo uma vida própria. E a vida, na penitenciária, diz Thompson: “rola, morbidamente, em direção a nada – os meios transmutados em fins, os fins relegados ao mais completo esquecimento ou lembrados, apenas, em discursos e conferências.”⁵⁸⁰

Goffman⁵⁸¹ aponta que uma disposição básica da sociedade moderna é que o indivíduo tende a “dormir, brincar e trabalhar” em distintos lugares, com coparticipantes diferentes, sob diferentes autoridades e com ausência de um plano racional geral. Entretanto, o aspecto central das instituições totais pode ser descrito com a ruptura das barreiras que usualmente separam essas três esferas da vida, ou seja,

⁵⁷⁷ GOFFMAN, *Manicômios, prisões e conventos*, 1999, p. 14-16.

⁵⁷⁸ THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21-22.

⁵⁷⁹ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 1996, p. 75.

⁵⁸⁰ THOMPSON, *A questão penitenciária*, 2002, p. 90.

⁵⁸¹ GOFFMAN, *Manicômios, prisões e conventos*, 1999, p. 11-16.

todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade; cada atividade diária é feita na companhia de um grupo relativamente grande de pessoas e todas tratadas da mesma forma e obrigadas a realizar as mesmas ações em conjunto; todas as atividades diárias são realizadas rigorosamente em horários estabelecidos, levando em tempo pré-determinado, à atividade seguinte, imposta por funcionários, com um sistema de regras formais. Finalmente, afirma Goffman, “as várias atividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planejado para atender aos objetivos oficiais da instituição”.⁵⁸²

Coadunando com a visão de Goffman, Oliveira⁵⁸³ enfatiza que a instituição tem como objetivo maior o custodiamento e a manutenção da ordem interna, concentrando um poder repressivo nas mãos de poucos, criando um infundável abismo entre os mandantes e os mandados, como um verdadeiro regime totalitário, em que os presos são submetidos a um controle de vigilância e regulamentos, em que a intimidade e a conduta de cada um é observada e controlada por todos. É um mundo distinto e complexo.

A prisão esteve, desde sua origem, ligada a um projeto de transformação dos indivíduos, afirma Foucault: habitualmente acreditava-se que a prisão era uma espécie de depósito de criminosos; depois, teria se tornado necessário reformá-la, fazer dela um instrumento de transformação do indivíduo. Entretanto, essa mudança não é verdadeira, pois os textos, os programas, as declarações de intenção estão aí para demonstrar. Desde o início, a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto.⁵⁸⁴

Quando o iniciante (novato) chega ao estabelecimento, possui uma concepção de si mesmo, a qual é decorrente de alguns dispositivos sociais estáveis de sua vivência. Entretanto, afirma Goffman⁵⁸⁵, ao ingressar no sistema, ele é “despido” do apoio advindo de tais dispositivos e inicia, então, o processo de degradações, humilhações e profanações do seu “eu”, o qual, mesmo intencionalmente, é “mortificado”. Inicia uma mudança radical em sua “carreira moral”, com mudanças progressivas nas crenças que tem a seu respeito e a

⁵⁸² GOFFMAN, *Manicômios, prisões e conventos*, 1999, p. 18.

⁵⁸³ OLIVEIRA, *Prisão: um paradoxo sócio*, 1996, p. 75.

⁵⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 21. ed. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2005, p. 131.

⁵⁸⁵ GOFFMAN, *Manicômios, prisões e conventos*, 1999, p. 24-25.

respeito dos outros e que são significativas em sua vida. A barreira que a instituição total é capaz de colocar entre o interno e o mundo externo assinala a primeira “mutilação” do seu “eu”.

E nesse contexto é que a concepção kantiana estudada no primeiro capítulo, de que o homem torna-se um meio e não um fim em si mesmo, resta evidenciada: a situação é de opressão, de exploração, de coisificação. Nessas situações, diz Muller⁵⁸⁶, a responsabilidade humana encontra-se diretamente comprometida e não se deve a fatores imponderáveis: “[...] não só ‘todos somos responsáveis’, como não há opressão sem opressores, exploração sem exploradores, nem ditaduras sem ditadores.”

Retomando a visão de Goffmann⁵⁸⁷ sobre as instituições totais, é relevante apontar mais algumas dessas consequências: na vida civil a sequência de horários dos papéis desempenhados pelo indivíduo, tanto nas repetidas rotinas diárias quanto no ciclo vital, assegura um papel que não impossibilita as realizações e ligações com os outros; já na instituição total, a participação automática perturba a sequência dos papéis desempenhados e por isso ocorre o “despojamento dos papéis”. A situação é ainda mais intensa quando se proíbem visitas de fora do sistema e a impossibilidade de saídas dos estabelecimentos, assegurando uma ruptura profunda com os papéis anteriormente desempenhados.

Embora alguns papéis possam ser recuperados ou restabelecidos quando o sujeito retornar para o “mundo”, algumas perdas são irre recuperáveis e dolorosamente sentidas como tais. Dentre elas pode-se destacar o afastamento compulsório do preso com seus familiares. A mãe presa que deixa de acompanhar o crescimento de seus filhos dificilmente terá como retomar as fases diversas da vida da criança. É a ruptura de laços difíceis de retomar.

Ao ingressar no sistema, o interno é submetido a um processo que Goffman⁵⁸⁸ denomina de “admissão”, com uma exposição contaminadora, ou seja, o de obter uma história de vida, ser fotografado, pesado, colhidas suas impressões digitais, receber números, despir-se, cortar cabelos, receber roupas da instituição, dentre outros. Ao despojar dos bens, o estabelecimento providencia algumas substituições como, por exemplo, as vestes. Tal processo pode também ser denominado de “arrumação” ou “programação”, uma vez que ao ser “enquadrado” o novato é conformado e codificado num objeto colocado na máquina

⁵⁸⁶ MULLER, *O princípio de não-violência – percurso filosófico*, 1995, p. 33.

⁵⁸⁷ GOFFMAN, *Manicômios, prisões e conventos*, 1999, p. 24.

⁵⁸⁸ GOFFMAN, *Manicômios, prisões e conventos*, 1999, p. 25-31.

administrativa do estabelecimento e “modelado suavemente” pelas operações de rotina a que passa a ser submetido. O processo de admissão pode ser caracterizado como uma despedida e um começo e o ponto médio desse processo pode ser marcado pela “nudez”.

É comprovada a afirmativa de que a pena extrapola a privação da liberdade. Ela não basta enquanto punição e apresenta-se como banimento, tortura e, inúmeras vezes, como situação iminente de morte, submetendo o apenado à verdadeira *vida nua* de que trata Agambem⁵⁸⁹. A realidade vivenciada por quem está privado da liberdade, por determinação do Estado, é a de ser submetido às péssimas condições carcerárias, decorrentes da superlotação, da falta adequada de assistência médica, social, jurídica, da falta de humanidade e de todas as espécies de indignidades que atingem o próprio direito à vida, sem que ninguém se importe com essa vida.

O efeito da prisão, que se denomina de prisionização é, sem dúvida, deteriorante e submete o recluso a uma “cultura de cadeia” distinta da vida do adulto em liberdade. Esta “imersão cultural”, diz Zaffaroni⁵⁹⁰, não pode ser entendida como uma tentativa de reeducação ou algo parecido ou sequer se aproxima de uma “ideologia de tratamento”, pois suas formas de realização são totalmente opostas a este discurso. A prisão não deteriora por deteriorar, mas o faz para condicionar.

Assim, ao ingressar numa instituição total, o indivíduo é despedido de sua aparência usual, provocando uma “desfiguração” pessoal. Provavelmente, afirma Goffman⁵⁹¹, a mais significativa perda decorrente desse processo seja a maneira de ser chamado: é o nome. Perder essa identidade é uma grande mutilação.

O indivíduo passa a ser aquilo que seu lugar numa organização o define que seja. Entretanto, existem direitos que não podem ser atingidos pela sentença penal condenatória e muito menos durante a execução da reprimenda. Tratam-se dos direitos fundamentais. Compreendê-los, no caso das mulheres, no contexto do cárcere, é o próximo passo.

⁵⁸⁹ AGAMBEN, *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*, 2004, p. 25; 27; 43.

⁵⁹⁰ ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas*, 2001, p. 135-136.

⁵⁹¹ GOFFMAN, *Manicômios, prisões e conventos*, 1999, p. 27-258.

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES ENCARCERADAS: A VEDAÇÃO A TRATAMENTO DESUMANO E DEGRADANTE; O RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL; O CUMPRIMENTO DA PENA EM ESTABELECIMENTO DISTINTO E O DIREITO À PERMANÊNCIA COM OS FILHOS

A profundidade com que Foucault, Goffman, Karan, Batista, dentre outros pensadores anteriormente referidos tratam do contexto carcerário servem de impulso reflexivo para falar sobre os direitos fundamentais das mulheres que cumprem pena privativa de liberdade. Dentre o intenso rol de direitos fundamentais, são destacados aqueles considerados de maior relevância no contexto do tema proposto.

No primeiro momento deste estudo pôde-se constatar que a dignidade da pessoa humana foi elevada pelo constituinte de 1988 à condição de princípio e valor fundamental e quando se fala em direito à dignidade, significa dizer direito ao reconhecimento, ao respeito e à proteção. A dignidade pertence a cada um e ao Estado cabe a preservação e a sua promoção, criando condições que possibilitem o seu pleno exercício. Aos direitos fundamentais cabe, portanto, assegurar as condições para a sua prestação, especialmente em situações de fragilidade em que possa se encontrar a pessoa, como ocorre na realidade carcerária.

A dignidade é algo real, sem dúvidas. É vivenciada concretamente por cada ser humano e não há maiores dificuldades em identificar de forma clara muitas das situações em que é agredida e espezinhada.⁵⁹²

Buscar uma hermenêutica emancipatória da Constituição é a base para a construção de uma sociedade democrática, mas para que os direitos fundamentais consagrados na Constituição, assim como os princípios democráticos e pluralistas, sejam uma realidade social efetiva, há necessidade de um esforço de toda sociedade e não apenas dos operadores jurídicos. A Constituição de 1988 representa um marco na luta pela emancipação da mulher, mas não o seu final. Dentre os novos direitos constitucionalizados ou “velhos” que ganharam força, a maior

⁵⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da Dignidade – Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18.

das vitórias, muito mais do que a isonomia jurídica, é o direito a um tratamento digno, compatível com a condição de ser humano.⁵⁹³

Entretanto, para Zaffaroni⁵⁹⁴, “o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos” e isso parece um contrassenso, pois todos os instrumentos dos direitos humanos parecem reconhecer a legitimidade do sistema penal, tratando de seus limites e garantias. Entretanto, é necessário perceber o fenômeno em toda a sua dimensão. Como consagrados nos instrumentos internacionais, os direitos humanos não representam uma mera “ideologia instrumental”, mas uma “ideologia programática para toda a humanidade”. No entanto, um programa é apenas uma antecipação, não significando que esteja realizado, mas que “deve realizar-se”, como transformação social e também individual.

Por isso, diz Zaffaroni⁵⁹⁵, “quase tão simples como repetir que ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos’ é a dificuldade de vivenciá-los”. E para vivenciá-los, faz-se necessária uma atitude cômica: “colocar-se de cabeça para baixo, para ver o mundo ao contrário”. Com certeza, vivenciar o artigo primeiro da Declaração Universal constitui uma verdadeira façanha moral. Entretanto, os direitos humanos não representam uma utopia, mas “um programa de longo alcance de transformação da humanidade”.

No entanto, enquanto os direitos humanos apontam para um programa realizador da igualdade de direitos de longo alcance, “os sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades”. Por isso, não é por acaso que os dispositivos dos instrumentos humanos, em relação aos sistemas penais, sempre são limitadores, demarcadores do exercício de poder, evidenciando o desejo de limitar e conter determinados fatos.⁵⁹⁶

A criminologia crítica revela a seletividade como um dos principais pilares sobre os quais se funda a criminalização. Esse pensamento é de Campos⁵⁹⁷, para quem o sistema penal passa a ter a função social de reproduzir as relações sociais e de manter a estrutura vertical da sociedade e os processos de marginalização: o sistema penal

⁵⁹³ GOMES, Renata Raupp. Os “novos” direitos na perspectiva feminina: a constitucionalização dos direitos das mulheres. In: *Os “novos” direitos no Brasil*. WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63.

⁵⁹⁴ ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas*, 2001, p. 147-148.

⁵⁹⁵ ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas*, 2001, p. 148-149.

⁵⁹⁶ ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas*, 2001, p. 148-149.

⁵⁹⁷ CAMPOS, Carmen Hein de. Criminologia e feminismo (introdução). In: *Criminologia e feminismo*. CAMPOS, Carmen Hein de (Organização). Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 14.

é visto como violador de direitos e, dentro dele, está o cárcere. Então, a prisão revela-se violadora de direitos.

Entretanto, pensar hodiernamente que a pena representa a perda de todos os direitos é, no mínimo, incompatível com o moderno Estado de Direito. Por isso, o que se almeja é que as pessoas privadas da liberdade mantenham os direitos não atingidos pela sentença penal condenatória. No entanto, durante o cumprimento da pena, apesar da pretensão humanística, o que se pode observar é a tendência voltada ao padecimento.

Tem que se ter em mente, de acordo com Streck⁵⁹⁸, que o problema da relação entre o Direito, a mulher e a sociedade deve ser visto no contexto da crise do Direito e do Estado e, dentre eles, a dogmática jurídica. A questão não diz respeito apenas ao problema da mulher, mas dos demais setores oprimidos da sociedade. O mau trato pelo Direito e pela dogmática jurídica à questão da mulher enquadra-se nessa perspectiva. Segundo o autor, que quem mais sofre nesse contexto social são os pobres e, entre eles, as mulheres e as crianças e “o Direito e a criminologia não têm mostrado preocupação com isso. Basta dar uma olhada em volta...”⁵⁹⁹

Nesse sentido, Feldens⁶⁰⁰ afirma que falar em legitimação do direito penal é, antes de tudo, falar sobre a sua adaptação material à Constituição. Ambos ensejam, entre si, uma relação axiológica-normativa, através da qual, ao mesmo tempo em que garante o desenvolvimento dogmático do direito penal, a Constituição estabelece limites materiais intransponíveis pelo legislador penal. Dessa forma, é de fácil conclusão que o legislador penal se encontra materialmente vinculado à Constituição, especialmente naquilo que diz respeito ao epicentro dessa relação, entre a ordem constitucional e o direito penal, e que é a tutela dos direitos fundamentais.

Como antes referenciado, estratégias segregacionistas perderam legitimação, do ponto de vista da segregação geral e especial e a ideologia do confinamento encontra-se em contradição com o conhecimento científico, com os princípios jurídicos que sintetizam direitos humanos fundamentais.⁶⁰¹

Em relação ao encarceramento feminino, há uma história de omissão dos poderes públicos, manifestada na ausência completa de

⁵⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Criminologia e feminismo. In: *Criminologia e feminismo*. CAMPOS, Carmen Hein de (Organização). Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 86.

⁵⁹⁹ STRECK, *Criminologia e feminismo*, 1999, p. 100.

⁶⁰⁰ FELDENS, *A Constitucionalização penal*, 2005, p. 38-39.

⁶⁰¹ SANTOS, *O adolescente infrator e os direitos humanos*, 2002, p. 126.

quaisquer políticas públicas que levem em conta a mulher encarcerada como sujeito de direitos inerentes à sua condição de pessoa humana e, particularmente, às suas especificidades, advindas da questão de gênero. A afirmação consta no Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil. Nele se conclui que há toda uma ordem de direitos das mulheres presas que são violados de modo acentuado pelo Estado Brasileiro e que vão desde a desatenção a direitos essenciais como a saúde e, em última análise, à vida, até àqueles implicados numa política de reintegração social como a educação, o trabalho e a preservação de vínculos e relações familiares.⁶⁰²

No mesmo sentido é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, de 09 de junho de 1994, que reconheceu de forma expressa⁶⁰³, dentre outras situações envolvendo as mulheres, a condição de vulnerabilidade em que se encontram as mulheres privadas de liberdade e determinou a atenção e a consideração que os Estados devem atribuir a tal situação. Entretanto, o Estado Brasileiro não tem observado o dever que lhe foi atribuído, também, nessa Convenção.

E a Constituição Federal? Não há dúvida alguma em relação à previsão expressa no texto constitucional.

Dentre os direitos e garantias fundamentais inerentes à mulher encarcerada está a vedação a tratamento desumano e degradante⁶⁰⁴; o respeito à integridade física e moral⁶⁰⁵; o cumprimento da pena em estabelecimento distinto⁶⁰⁶ e o direito à permanência com os filhos⁶⁰⁷.

⁶⁰² RELATÓRIO SOBRE MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL. Fevereiro, 2007, p. 6. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpenal/lex52.htm>. Acesso em: 14 de ago. 2011.

⁶⁰³ CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER – CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ, de 09 de junho de 1994. Art. 9º. Para a adoção das medidas a que se refere este capítulo, os Estados partes terão especialmente em conta a situação de vulnerabilidade à violência que a mulher possa sofrer, em consequência, entre outras, de sua raça, ou de sua condição étnica, de migrante, refugiada ou desterrada. No mesmo sentido se considerará a mulher submetida à violência quando estiver grávida, for excepcional, menor da idade, anciã ou estiver em situação socioeconômica desfavorável ou afetada por situações de conflitos armados ou de privação de sua liberdade.

⁶⁰⁴ Constituição Federal de 1988. Art.5º XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

⁶⁰⁵ Constituição Federal de 1988. Art.5º XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

⁶⁰⁶ Constituição Federal de 1988. Art.5º XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

⁶⁰⁷ Constituição Federal de 1988. Art.5º L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

No que diz respeito à garantia e ao direito de não ser submetida a tratamento desumano e degradante, o contexto prisional feminino não está distante do contexto prisional masculino. As condições subumanas a que estão submetidos homens e mulheres, no sistema carcerário, são do conhecimento de todos.

A preocupação com um sistema humanitário de cumprimento da pena não é de hoje. É desde as correntes iluministas e humanitárias, das quais *Voltaire*, *Montesquieu* e *Rousseau* são fiéis representantes, que há críticas aos excessos do tormento das penas, atingindo seu apogeu na Revolução Francesa, com propostas de reforma do sistema punitivo, com destaque para *Beccaria*, *Bentham* e *Howard*. Este último, com profundo senso humanitário, nunca aceitou as condições deploráveis das prisões inglesas. Muitos dos problemas suscitados continuam sem solução.⁶⁰⁸

Um direito penal de humanidade, de nítida origem iluminista, é o que se propõe, embora continue sendo eloquentemente desrespeitado nos mais diversos recantos do planeta⁶⁰⁹.

Relatos recentes do sistema prisional brasileiro, em especial sobre as violações dos direitos humanos no Estado do Espírito Santo, demonstrados por Shecaira⁶¹⁰, dão conta do caos do sistema prisional. Dentre os relatos de Shecaira⁶¹¹, evidenciam-se as condições deploráveis de que se fala:

⁶⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 31- 40.

⁶⁰⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 52.

⁶¹⁰ As visitas àqueles estabelecimentos prisionais foram realizadas, pessoalmente, por Sérgio Salomão Shecaira, enquanto ocupante do cargo de Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC).

⁶¹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Caos prisional do ES* – entrevista exclusiva. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. p. 1-6. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/noticias>. Acesso em: 16 de abr. 2010.

[...] a situação de presídios sem luz e sem água, e sem administração; de presos colocados em contêineres de mercadorias, em situação absolutamente desumana [...], fazendo suas necessidades biológicas nas próprias “quentinhas” vindas com comida; [...] algo completamente chocante, com um monte de lama, fezes, ratos [...]; havia pessoas com tuberculose, escabiose [...]; havia uma modalidade de contêiner chamado ironicamente de “forno microondas”, sem nenhuma janela, sem ventilação [...]; famílias visitando seus presos “desaparecidos” e a justificativa era de que haviam “se evadido” [...]; não existia luz elétrica e, por vezes, eram iluminados por holofotes, tal qual um campo de concentração nazista [...].

Parece ficção, mas é real e atual: é o *campo de concentração*, é o *estado de exceção*, é a *vida nua* mencionados por Agambem.

Com a razão já estava Fragoso⁶¹² ao afirmar que “a realização dos direitos humanos na justiça criminal está, pois, em função de um problema essencialmente político. É preciso compreender que aqui está o fundo da questão.” Esses direitos, diz Fragoso, serão somente observados na justiça criminal de uma sociedade autenticamente democrática, onde, como valor fundamental se afirme, verdadeiramente, “o respeito à dignidade da pessoa humana, na luta permanente do povo contra a opressão, pela liberdade, justiça e pela paz.”

O respeito à integridade física e moral, de igual maneira, inexistente na grande maioria dos estabelecimentos prisionais, conforme os relatos acima, mas novamente busca-se, nas palavras de Fragoso⁶¹³, esse esclarecimento:

Embora as leis digam que tem de ser preservada a dignidade humana dos presos, em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis. Aos defeitos comuns em todas as prisões acrescentam-se, nas nossas, a superlotação, a ociosidade e a promiscuidade.

⁶¹² FRAGOSO, Heleno. *Direitos Humanos e justiça criminal*. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCRIM, São Paulo, ano 13, nº 150, p. 1-2, maio, 2005.

⁶¹³ FRAGOSO, *Direitos Humanos e justiça criminal*, p. 1-2, maio, 2005.

Especificamente em relação à mulher, o descaso em relação a sua integridade física e moral é ilustrado em notícia envolvendo uma jovem adolescente, mantida presa por vinte e quatro dias, numa cela com mais de vinte homens, na Cadeia Masculina de Abaetetuba, no Estado do Pará⁶¹⁴, tendo sido vítima, sistematicamente, de violência sexual, ameaças e atentados a sua integridade física. As autoridades locais apressaram-se em eximir suas responsabilidades sob a alegação de que “desconheciam o fato de sua menoridade”, fazendo supor que o que estava em jogo era o fato de ser menor e não a condição de mulher, ou seja, a condição de mulher sujeita a tal ordem de violência não se configuraria, na mesma medida, em um quadro de barbárie.

No que diz respeito ao direito constitucional que tem a presa de cumprir a pena em estabelecimento distinto⁶¹⁵, reafirmado pelas legislações infraconstitucionais^{616 617}, o que se tem visto é o flagrante descaso e uma situação discriminatória absurda. Não há interesse algum na construção de espaços destinados ao cumprimento de pena, que atenda às particularidades femininas. Existem poucas penitenciárias destinadas às mulheres e as que existem estão situadas apenas nos grandes centros urbanos, contribuindo, ainda mais, para o distanciamento (também físico) de seus familiares. Em centros menores, os espaços são improvisados e as instalações não são adequadas à condição de mulher. Presas provisórias ocupam o mesmo espaço daquelas que já cumprem a reprimenda definitiva, violando, mais uma vez, os preceitos legais.

Dados demonstram que apesar do percentual de mulheres ainda ser infinitamente inferior aos homens presos, como alhures demonstrado, o número de reclusas que se encontram detidas em distritos policiais e cadeias públicas ainda é muito alto. Portanto, sequer um número de vagas num espaço físico minimamente digno lhes é garantido. Amontoadas e esquecidas em cadeias públicas e distritos policiais por todo o País, veem seus direitos mais elementares serem diuturnamente violados, desde a saúde (sexual e reprodutiva) até sua

⁶¹⁴ EDITORIAL IBCCRIM. *Mulheres presas e a banalização da barbárie*. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, São Paulo, ano 15, nº 182, p. 1-2, janeiro, 2008.

⁶¹⁵ Constituição Federal de 1988. Art.5º XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

⁶¹⁶ Código Penal Brasileiro. Art. 37 - As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo.

⁶¹⁷ Lei de Execução Penal. Art. 83 - A mulher e o maior de 60 (sessenta) anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

integridade física e sua própria vida. Em inúmeros locais, mulheres são confinadas em cadeias mistas e mesmo que em celas separadas, estão sob a guarda de agentes masculinos e relatam os inúmeros constrangimentos a que são submetidas. Portanto, “as mulheres encarceradas vivem neste País, talvez, o lado mais nefasto de uma política de controle social que ‘privilegia’ os pobres, convertendo a questão social em questão criminal”.⁶¹⁸

Por fim, o direito fundamental à permanência com os filhos e a existência de local adequado (para gestante/parturiente, berçário, creche). A previsão é constitucional⁶¹⁹ e infraconstitucional^{620 621}. A previsão constitucional é para que a permanência perdure durante o período de amamentação, não estipulando um limitador de idade. A Lei de Execução Penal limitou esse período, em reforma recente⁶²², para o prazo mínimo de seis meses. E mais do que isso, estipulou que os estabelecimentos prisionais destinados às mulheres sejam dotados de seção para gestantes e parturientes e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com o objetivo de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Reforma recente na lei processual penal⁶²³ voltada às prisões, às medidas cautelares⁶²⁴, à liberdade provisória, de forma significativa, dentre outras alternativas, também ampliou as possibilidades do juiz

⁶¹⁸ EDITORIAL IBCCRIM. *Mulheres presas e a banalização da barbárie*, p. 1-2, janeiro, 2008.

⁶¹⁹ Constituição Federal de 1988. Art. 5º, L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

⁶²⁰ Lei de Execução Penal. Art. 83, § 2º - Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. [...] Art.89 – Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

⁶²¹ Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 9º - O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade.

⁶²² Com redação determinada pela Lei 11.942, de 28 de maio de 2009.

⁶²³ Lei 12.403, de 4 de maio de 2.011, altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

⁶²⁴ Com a denominada “Nova lei das cautelares” - Lei 12.403/2011, a prisão provisória passou a ser “exceção da exceção”, ou seja, antes de sua decretação, o Magistrado deverá verificar diversas probabilidades e, sendo negativas, a medida extrema (de prisão) não será adequada, devendo, se cabível, ser aplicada uma ou mais das medidas cautelares do artigo 319 do Código de processo Penal.

substituir a pena de prisão preventiva pela domiciliar⁶²⁵ quando for “imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência” e para “gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.” Vê-se, assim, que o legislador caminha, mesmo que a passos lentos, no sentido de amparar a mãe/gestante e a criança com pouca idade.

A Convenção de Belém do Pará, conforme já foi mencionado, prevê expressamente que a situação da mulher grávida é de maior vulnerabilidade. De igual maneira, prevê que a situação da mulher privada da liberdade também vivencia uma vulnerabilidade maior. Então, na situação da mulher grávida e encarcerada, pode-se imaginar qual é a situação fática, conhecendo as condições desumanas a que são submetidas.

Alguns estabelecimentos penais são dotados de creches ou de locais mais adequados à permanência das crianças com suas mães. Entretanto, a condição não é regra, mas exceção. Dados⁶²⁶ apontam que apenas 27,45% dos estabelecimentos têm estrutura para gestantes; 19,41% têm berçários e apenas 16,13% têm creches, não obstante mais de 70% das mulheres encarceradas na 5ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul terem filhos. Realidade que não é diferente do restante do país.

Na penitenciária Madre Pelletier de Porto Alegre, por exemplo, as mães podem permanecer com seus filhos até os três anos de idade. O local é separado das demais presas e nele funciona a creche. Relata a pesquisadora⁶²⁷ que o local é organizado e limpo e evidencia-se, ainda, a demonstração de afetividade entre mães e filhos. As crianças das diversas presas convivem conjuntamente. Entretanto, afirma Mello, por mais que o local mostre-se bem organizado, há que se refletir sobre esse ambiente de enclausuramento em que se encontram essas crianças, compartilhando do cumprimento da pena com suas mães.

⁶²⁵ Código de Processo Penal. Art.318 – Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I- maior de 80 anos; II- extremamente debilitado por motivo de doença grave; III- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV- gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. [...].

⁶²⁶ LEAL; MOURA; CHIES. *Dominação masculina e prisão: o contrato sexual e o encarceramento feminino*. 2009, p. 9 Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 03 de ago. 2011.

⁶²⁷ MELLO, Thaís Zanetti de. *(Des) velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre: em busca de alternativas viáveis*, 2010, p. 167; 169; 170.

Em relação ao tempo que as mães podem permanecer com seus filhos no estabelecimento prisional, os dados colhidos pela Pastoral Carcerária, em diversas unidades prisionais do País e demonstrados no Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil⁶²⁸, observa-se que a situação difere entre os vários Estados pesquisados: em Porto Alegre, existe a possibilidade da permanência até os três anos de idade; em algumas unidades do Espírito Santo, do Distrito Federal, da Bahia e Amapá, as crianças podem permanecer até os seis meses; no Rio de Janeiro, até os doze meses de idade; em Pernambuco, apenas até os dez meses e no Amazonas, as mães permanecem com seus filhos apenas quinze dias, após o seu nascimento.

Documento recente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária⁶²⁹ estabelece vários parâmetros em relação à situação de filhos de mulheres encarceradas, recomendando, dentre outros aspectos importantes, que a continuidade do vínculo materno deve ser considerada como prioridade em todas as situações; que deve ser garantida a permanência da criança, no mínimo, até um ano e seis meses, junto às suas mães, considerando-se que a presença da mãe nesse período é fundamental para o desenvolvimento da criança. Após esse período, o processo gradual de separação pode perdurar até mais seis meses; prevê, ainda, que as visitas das crianças à mãe devem ser por período prolongado, bem como que a visita de familiares e pais presos deve ser estimulada, objetivando a preservação do vínculo familiar.

Vê-se, assim, que existe a preocupação, no âmbito formal, com a possibilidade de manter a convivência da criança com a mãe, especialmente quando se tratam de crianças na fase de aleitamento ou enquanto pequenas, como ocorre no Madre Pelletier. Entretanto, são raros os estabelecimentos que mantêm estrutura adequada, com o mínimo de dignidade para que mães e filhos convivam no ambiente carcerário. Na grande maioria dos locais, permite-se que a criança permaneça até os seis meses com a mãe, num ambiente improvisado e que, normalmente, é uma das celas “improvisadas” para tal finalidade. Em tais condições, não há como o cárcere não se estender às crianças. O que é, novamente, contraditório: prioriza-se à convivência materna e priva-se a criança das demais condições inerentes à liberdade.

⁶²⁸ RELATÓRIO SOBRE MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL, Fevereiro, 2007, p. 39. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpenal/lex52.htm>. Acesso em: 14 de ago. 2011.

⁶²⁹ BRASIL. Resolução CNPCP nº 3, de 15 de julho de 2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. DOU, 16.07.2009.

O drama de ser mãe na prisão é demonstrado em muitos depoimentos. Em reportagem recente⁶³⁰, observam-se duas opções distintas em relação à permanência com os filhos no ambiente carcerário. Uma das mães, que prefere ter a filha consigo, afirma: “É ruim demais. Não acho que mereço passar por essa situação. Eu tenho muito dó dela e de mim. Também muito medo de perder ela. Ela longe de mim é pior.” A outra mãe, que escolheu não conviver com o filho na prisão, relata: “Se não der para eu sair antes daqui, eu vou ficar com ele uns dias e depois vou mandar para a minha irmã cuidar. Eu prefiro que ele fique com a minha família do que me ver aqui nessa situação”. Destaca-se que essas duas jovens mulheres encontravam-se presas no Presídio Regional de Chapecó/SC., pelo delito de tráfico de drogas. A possibilidade de permanência com o filho, nesse estabelecimento, dá-se até os seis meses de idade, como ocorre na grande maioria das prisões que abrigam as mulheres.

Não é demais, novamente, trazer o pensamento de Bobbio⁶³¹ de que, hoje, em relação aos direitos do homem, o problema fundamental não é tanto de justificá-los, mas de protegê-los. Explica que o mais forte argumento utilizado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, de forma especial contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua falta de execução. Para enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, sem depender do menor ou maior poder de convicção de seu fundamento, mas quando se trata de passar à ação, mesmo que o fundamento seja inquestionável, iniciam as reservas e as oposições.

Obviamente, não se resolverá o problema apenas com o Direito, embora a questão passe necessariamente por ele. A Constituição estabelece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, entretanto, os objetivos desse Estado, previstos nos primeiros artigos da Constituição, não estão sendo efetivados pelos governantes: são promessas da modernidade não cumpridas. O que seria, então, Estado Democrático de Direito? Ele é mais que Estado Social, pois traz na Constituição os mecanismos jurídicos para fazer realizar as promessas desse Estado Social.⁶³²

Neste contexto, o desafio que se coloca aos intérpretes e aos aplicadores do direito é que se orientem no sentido de reconhecer que o

⁶³⁰ JORNAL DIÁRIO DO IGUAÇU. *História de vida – ser mãe na prisão*. Chapecó, 30 de abril e 1º de maio de 2011, p. 25.

⁶³¹ BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 23.

⁶³² STRECK, *Criminologia e feminismo*, 1999, p. 100-101.

direito não se confunde com a lei, entretanto, dela não poder prescindir, pois fornece segurança contra arbítrios do governante, mas devem estabelecer um compromisso de encontrar a *justa medida*, em cada caso concreto, entre os valores supremos do ser humano.⁶³³

No modelo garantista, ressalta Streck⁶³⁴, o juiz e a Constituição devem ter uma relação de intimidade direta, imediata e completa, num nível de cumplicidade que os atrai. Na medida em que se dá positividade constitucional aos direitos fundamentais da pessoa humana, estabelece-se um sistema de garantias com o objetivo de preservá-los e o juiz, neste contexto, passa a ser o garantidor desse sistema. Portanto, o julgador, em face de violações ou de ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, não pode permanecer num estado de inércia.

Nessa complexa relação, o passo seguinte é o estudo da família e o comprometimento do Estado em assegurar aos seus componentes, especialmente à criança, ao adolescente e ao jovem, mecanismos de proteção para que possam crescer com dignidade, num ambiente solidário, fraterno e de afeto.

3.3 A FAMÍLIA E A ESPECIAL PROTEÇÃO DO ESTADO

A Constituição Federal de 1988 dedicou integralmente o capítulo VII à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso. O *caput* do artigo 226⁶³⁵ estabelece que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. O §8º⁶³⁶ do mesmo dispositivo também enfatiza que ao Estado cumpre assegurar a assistência à família, a cada membro que a compõe, criando mecanismos que coibam a violência no âmbito de suas relações.⁶³⁷

⁶³³ ROCHA, Renata. O princípio pro homine e a Constituição Federal de 1988: uma questão de valor. In: *Princípios humanistas Constitucionais – Reflexões sobre o humanismo do século XXI*. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (Coordenadores). São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 342-343.

⁶³⁴ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e (em) crise*, 2004, p. 70.

⁶³⁵ Constituição Federal de 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁶³⁶ Constituição Federal de 1988. Art. 226, §8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

⁶³⁷ Atendendo a este dispositivo Constitucional criou-se a Lei 11.340/2006: Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, conhecida como Lei Maria da Penha.

Por certo, também não foi por acaso que a Constituição Federal fez uso da expressão “absoluta prioridade” ao tratar, no artigo 227⁶³⁸, sobre o dever que têm o Estado, a sociedade e a família de assegurar à criança e ao adolescente, *com absoluta prioridade*, inúmeros direitos e dentre eles, o direito “a convivência familiar e comunitária” e colocá-lo a salvo de toda forma de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Entretanto, parece que se está na contramão desses preceitos fundamentais.

No mesmo caminho da Constituição Federal seguiu o Estatuto da Criança e do Adolescente⁶³⁹, trazendo um novo paradigma no direito pátrio⁶⁴⁰, configurado pelo princípio da absoluta prioridade do direito da criança e do adolescente⁶⁴¹. O surgimento de uma legislação que, seriamente, se voltasse para os direitos da infância e da adolescência, era de caráter imprescindível, havendo a fundamental necessidade de que passassem da condição de *menores* para a condição de *cidadãos*.⁶⁴² E quando se fala dos direitos da criança e do adolescente há que se fazer, necessariamente, referência a este tripé normativo: família, sociedade civil e Estado (Poder Público), indispensáveis em uma sociedade que tem a criança e o adolescente como sujeitos de direito.⁶⁴³

Por isso, também o Estatuto da Criança e do Adolescente precisa ser assimilado de forma sistemática, como uma nova filosofia. Há que se repensar sobre que modelo de justiça envolvendo a infância e a juventude se quer para o século XXI: o modelo do controle social, da exclusão, da carcerização ou o modelo da autonomia, sustentada pelo trinômio: liberdade, respeito e dignidade.⁶⁴⁴

⁶³⁸ Constituição Federal de 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁶³⁹ Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁶⁴⁰ A Lei 8.069/90, diferentemente do Código de Menores (Lei 6.697/79), por ela revogado, e que era denominada de “Doutrina da situação irregular”, pois se colocava como uma “legislação tutelar”, adotou a Doutrina da Proteção Integral.

⁶⁴¹ Lei 8.069/90. Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

⁶⁴² VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayara. *Estatuto da Criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Conceito, 2011, p. 27.

⁶⁴³ VERONESE; SILVEIRA, *Estatuto da Criança e do adolescente comentado*, 2011, p. 33-34.

⁶⁴⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. *Educação versus punição – a educação e o direito no universo da criança e do adolescente*. Blumenau: Nova Letra, 2008, p. 121.

No âmbito normativo internacional existem dispositivos que enfatizam a primazia do interesse da criança e do adolescente⁶⁴⁵, no entanto, o mais importante documento é a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembleia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Além da liberdade, justiça e paz, reconhecendo que toda pessoa humana é detentora de dignidade e de direitos humanos iguais e inalienáveis, enfatiza que a situação de vulnerabilidade da criança faz com que necessite de cuidados e proteção especiais, enfatizando a importância da família para que a criança possa desenvolver sua personalidade, num ambiente de felicidade, de amor e compreensão. Faz compreender que a criança deve estar preparada para interagir no ambiente social, com dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade. Diferentemente da Declaração Universal dos Direitos da Criança, a Convenção tem natureza coercitiva, exigindo um posicionamento de cada Estado Parte, que a subscreveu e ratificou.⁶⁴⁶

O questionamento a ser feito, então, é: a família tem recebido o que o Estado se comprometeu a assegurar? Tem havido realmente comprometimento, com “absoluta prioridade”, à criança, ao adolescente e ao jovem, enquanto suas mães (e muitos pais) foram privadas da liberdade, por este mesmo Estado, que lhes garantiu “com absoluta prioridade” o direito à convivência familiar e à proteção contra “qualquer forma” de negligência, discriminação, violência e opressão? Repentinamente, a criança depara-se com a triste realidade da prisão da mãe e, na sua concepção, com certeza, há violência e opressão. A rapidez com que age o Estado na realização das prisões é a mesma “rapidez” que se dá no atendimento a essas famílias que têm sido, diuturnamente, atingidas pela repressão que envolve a comercialização de drogas ilícitas? É, no mínimo, um convite à reflexão!

A Constituição Federal de 1988, sem sombras de dúvidas, constitui um marco divisor na história dos Direitos Humanos no Brasil. Esse pacto social reconheceu direitos e garantias individuais que por

⁶⁴⁵ A Declaração de Genebra de 1924 já previa a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 prevê, à criança, o direito a atendimento e cuidados especiais e, no mesmo sentido em 1959, na Declaração Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, a consagração da proteção especial. VERONESE, Josiane Rose Petry. Justiça social e os direitos constitucionais da criança e do adolescente. In: *Princípios humanistas Constitucionais – Reflexões sobre o humanismo do século XXI*. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (Coordenadores). São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 234-235.

⁶⁴⁶ VERONESE, *Justiça social e os direitos constitucionais da criança e do adolescente*, 2010, p. 234-235.

muito tempo haviam sido ignorados, violentados e desrespeitados, durante o período que o antecedeu. A cidadania foi recuperada e as liberdades individuais garantidas, não apenas para regular as relações dos cidadãos entre si, mas especialmente para impor limites aos direitos reconhecidos e disciplinados na Lei Maior. E foi além, ao prever os direitos sociais, os quais devem ser garantidos e respeitados. Grupos específicos receberam proteção jurídica especial, em virtude de sua situação de vulnerabilidade social, como a família, os idosos, as crianças, os adolescentes, dentre outros. Esse cuidado é traduzido pela especial atenção para o fortalecimento das relações afetivas e sociais existentes entre seus diversos componentes na comunidade que compartilham.⁶⁴⁷

Por certo, a Constituição promoveu a mais profunda transformação entre as Constituições mais recentes de outros países e dentre os principais aspectos destacam-se o alcance da proteção do Estado, sem restrições, a qualquer entidade familiar; os interesses das pessoas humanas que integram a família recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes; consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos e, especialmente, configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.⁶⁴⁸

É a superação do antigo modelo da “grande família”, em que dominava o caráter patriarcal e hierarquizado, centrado no casamento, para a eliminação da hierarquia, o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos e começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação.⁶⁴⁹ Como resultado emerge uma “dimensão renovada, eudemonista, florescida para dar espaços à igualdade e à direção diárquica, a não-discriminação.”⁶⁵⁰

As famílias apresentam-se, hoje, com novos modelos: é a família plural. Expressões como: “famílias marginais, informais, extramatrimoniais” já não servem mais. Rompeu-se o aprisionamento aos moldes restritos ao casamento. A Constituição rastreou os fatos da vida e viu a necessidade de outras entidades familiares, além daquelas constituídas pelo casamento⁶⁵¹. Dentre elas existe a que foi denominada

⁶⁴⁷ SOUZA, Andréa Santos. A proteção Constitucional das Instituições. Considerações à luz da ética em Paul Ricoeur. In: *Princípios humanistas Constitucionais – Reflexões sobre o humanismo do século XXI*. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (Coordenadores). São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 41-43.

⁶⁴⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil - Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

⁶⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 306.

⁶⁵⁰ FACHIN, *Direito de Família*, 2003, p. 316.

⁶⁵¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 39.

de família monoparental⁶⁵², que é aquela comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes.

Essa constituição familiar é predominante na questão envolvendo as mães presas, como se constata nos dados das pesquisas de campo, mencionados no capítulo anterior, em que um elevado número de mulheres é mãe solteira e responsável pelo sustento dos filhos. O constituinte de 1988 consagrou como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana, impedindo a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes. Injustificáveis diferenciações e discriminações não combinam com uma sociedade livre e democrática.⁶⁵³

Assim, as lições de Kant, estudadas no primeiro capítulo, continuam atuais, ou seja, o homem existe como fim em si mesmo e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade e em decorrência disto os seres irracionais, que têm um valor meramente relativo como meio, denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, uma vez que a natureza os distingue como fins em si mesmos.⁶⁵⁴ Portanto, Kant distingue aquilo que tem um preço, daquele dotado de dignidade, e que é inestimável e indisponível. Todo ato que coisifique a pessoa, que a trate como coisa disponível viola o princípio da dignidade humana.

Portanto, adverte Groeninga⁶⁵⁵, é necessário discutir os limites da intervenção do Estado e sua responsabilidade, não apenas em proteger, mas em respeitar igualmente todas as famílias, provendo condições para o seu melhor desenvolvimento e por isso a importância da contribuição das mais diversas áreas. Compreender o desenvolvimento do indivíduo, de sua natureza interna conflituosa e de sua vulnerabilidade servem para ampliar a consciência da importância da família para a proteção, manutenção e compreensão da dignidade, ou seja, “em condições favoráveis, o indivíduo aprenderá a distinguir e respeitar a realidade externa e, sobretudo, a interna - subjetiva - podendo dar legitimidade a seus afetos, estando assim menos sujeito ao sentimento de culpa.”⁶⁵⁶

⁶⁵² Constituição Federal de 1988. Art. 226, § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁶⁵³ DIAS, *Manual de Direito das famílias*, 2007, p. 39.

⁶⁵⁴ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, 2008, p. 58-59.

⁶⁵⁵ GROENINGA, *O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade*, 2003, p. 104-105.

⁶⁵⁶ GROENINGA, *O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade*, 2003, p. 104.

Quando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶⁵⁷ e a Constituição Brasileira⁶⁵⁸ estabelecem que a pena não poderá ultrapassar a pessoa do condenado, além da responsabilidade penal subjetiva, diz respeito à intranscendência da sanção penal, ou seja, a responsabilidade penal é sempre pessoal, não existindo, na esfera penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva.⁶⁵⁹ Por tal motivo, a intranscendência da pena é declarada expressamente no âmbito constitucional e existe a previsão, no sistema de seguridade social, de um auxílio-reclusão.

O que se pretende neste estudo é demonstrar que a prisão (pena) da mãe “transcende” e afeta a vida familiar com toda a sua carga, atingindo diretamente a vida dos filhos, de forma tão violenta que se faz necessário, urgentemente, dirigir o olhar, o pensar e o agir *sobre* ou, então, o futuro bem próximo trará a resposta dessa omissão.

Os problemas por que passa a sociedade brasileira não poderão, jamais, ser resolvidos com a “arma do direito penal”, pois sua origem encontra-se na incapacidade do Estado de atender os seus deveres sociais e que são denominados de segunda geração (ou dimensão), como a educação, o trabalho, o lazer, a previdência social, a moradia e que são consideradas simplesmente como “normas programáticas”.⁶⁶⁰

Ao tratar sobre a família, como instituição na geração de um comportamento respeitador da lei, Young⁶⁶¹ coloca que a família não é o lócus das causas da delinquência, mas as forças sociais mais amplas de privação econômica, racismo e tantas outras formas de injustiças sociais. Para reduzir a criminalidade há que se reduzir as injustiças. Então, a chave é a justiça social, a esfera da economia e do emprego. A família é, por sua vez, pensada convencionalmente como um lugar de controle, uma unidade de construção da comunidade. Entretanto, a família forte não traz magicamente a ordem. Precisa-se olhar tanto para os valores que ela suporta, quanto para seu nível de integração com a sociedade total.

Nas mais diversas etapas da vida e nas mais distintas áreas da atividade humana existem diversas instituições atuando, por vezes, simultaneamente, como é o caso da família, da escola, das associações, das religiões e dos mais diversos grupos sociais: é da natureza gregária a

⁶⁵⁷ Artigo 5, 1, 3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁶⁵⁸ Artigo 5º, inciso XLV da Constituição Brasileira de 1988.

⁶⁵⁹ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 104.

⁶⁶⁰ GRECO, *Direito penal do equilíbrio*, 2010, p. 3.

⁶⁶¹ YOUNG, *A sociedade excludente*, 2002, p. 224-229.

formação de grupos naturais, espontâneos ou convencionais, em busca de proteção e alcance de ideais comuns e, dentre eles, a felicidade. É no espaço institucional que a vida humana se desenvolve e a busca da felicidade se concretiza.⁶⁶²

3.4 O VÍNCULO FAMILIAR DAS MULHERES PRIVADAS DA LIBERDADE: A PRIVAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR, À SOLIDARIEDADE E AO AFETO

Os filhos, filhos são⁶⁶³. O juízo neutro calcado no princípio da inocência não abre portas para desigualdades: é uma consequência do princípio da não-discriminação. Superando o sistema clássico, a condição feminina conquista degraus contra o “santuário do patriarcado”, mas não sem arrasar séculos de desigualdades e de exclusão. Liberdade, igualdade e responsabilidade são noções que recolocam a filiação e a mulher acima das diferenças discriminatórias.⁶⁶⁴

Filiação e mulher, duas circunstâncias reveladoras dos desvios do Direito na tortuosa linha da exclusão: uma etapa histórica, quase totalmente vencida, mas mesmo assim, não raras vezes, teima em manter-se de algum modo transversal ou repetir-se como farsa. Nas características construtivas das relações familiares, como um espaço de refúgio e afeto, estão os desafios dessa travessia.⁶⁶⁵

O aprisionamento feminino é gerador de inúmeras consequências e que podem ser classificadas como “dupla penalização”. Uma delas é o agravamento da perda da referência materna, pelas crianças, filhos de mães presas e que, inúmeras vezes, já se encontram sem o referencial paterno. A maioria das mulheres presas são “chefes de família” e a sua esmagadora maioria são mães.⁶⁶⁶ Além dos dados já apontados, o Relatório sobre as Mulheres Encarceradas no Brasil⁶⁶⁷ indica que 87% das detentas brasileiras têm filhos e 65% não mantêm relacionamento com os pais das crianças, o que se pode depreender que a

⁶⁶² SOUZA, *A proteção Constitucional das Instituições*, 2010, p. 48.

⁶⁶³ FACHIN, *Direito de Família*, 2003, p. 321.

⁶⁶⁴ FACHIN, *Direito de Família*, 2003, p. 321.

⁶⁶⁵ FACHIN, *Direito de Família*, 2003, p. 321-323.

⁶⁶⁶ BUGLIONE, *O dividir da execução penal*, 2007, p. 153.

⁶⁶⁷ RELATÓRIO SOBRE MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL, Fevereiro, 2007, p. 39. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpenal/lex52.htm>. Acesso em: 14 de ago. 2011.

responsabilidade maior com o sustento dos filhos recai sobre as mulheres.

A verdadeira liberdade e ideal de justiça estão naqueles ordenamentos jurídicos que garantam um direito de família que compreenda a essência da vida: dar e receber amor.⁶⁶⁸ Em princípio, o sistema jurídico autoriza os pais a criarem seus filhos de maneira que lhes pareça a mais apropriada, cabendo-lhes definir os parâmetros da educação que pretendem dar, de acordo com seus próprios modelos e dentro de sua opção cultural. A interferência apenas deve ocorrer quando houver violação aos direitos fundamentais dessas crianças e adolescentes, esgotadas todas as possibilidades de apoio extrajudicial.⁶⁶⁹

Embora a ideia de direitos humanos ou de proteção do ser humano seja mais antiga que o constitucionalismo, como estudado no primeiro capítulo, ela ganha um reforço muito grande com o constitucionalismo e, por isso, pode-se falar em direitos humanos fundamentais. E neste sentido é que a Constituição Brasileira, no artigo 227, traz uma verdadeira política de atuação, objetivando garantir assistência integral à família, a cada pessoa que a integra e, especialmente, à criança e ao adolescente. A dimensão social dessa norma deve influenciar a postura do judiciário, que não pode mais eximir-se de assumir condutas em defesa da dignidade dessas crianças e desses adolescentes.⁶⁷⁰

É, pois, um direito fundamental a convivência familiar da criança e do adolescente, além de uma necessidade básica, pois nesse primeiro agrupamento de inserção é que o indivíduo estabelece a primeira relação de afeto, na qual se apoia todo o desenvolvimento posterior, contribuindo para sua personalidade.⁶⁷¹

O princípio da afetividade está implícito, em inúmeros dispositivos constitucionais inerentes à família, podendo-se destacar o fato de que a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade da

⁶⁶⁸ PEREIRA, *Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social*, 2003, p. 161.

⁶⁶⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. GROENINGA Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenadores). Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 214-215.

⁶⁷⁰ LIRA, Wladimir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro. In: *Família e responsabilidade*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). Porto Alegre: Magister, 2010, p. 542-543.

⁶⁷¹ LIRA, *Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro*, 2010, p. 548.

família constitucionalmente protegida⁶⁷² e a convivência familiar (e não a origem biológica), assegurada à criança e ao adolescente, é prioridade absoluta.⁶⁷³ A família recuperou, por certo, a função que esteve em suas origens mais remota: um grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz aflorar a igualdade entre irmãos adotivos e biológicos e o respeito aos seus direitos fundamentais, além do sentimento de solidariedade recíproca: “é o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares”.⁶⁷⁴

Quem fala em afeto, fala em amor. E não há nada menos consensual que a definição de amor. A maior vantagem do afeto é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um, seja nos momentos de paz, seja nos momentos de conflito.⁶⁷⁵

A ternura, como a canção de ninar com a qual a mãe embala nos braços o seu filho é, antes de tudo, uma carícia, pois a mãe é terna com seu filho apenas quando o é consigo mesma. A ternura é um conjunto social destinado a colocar um freio à agressividade para que não se transmute em violência destrutiva. A distância entre a violência e a ternura radica na disposição de ser terno para aceitar o diferente, para aprender e respeitar seu caráter singular e para degustar a ternura dos instantes.⁶⁷⁶

O amor gera a autoconfiança; o direito, o autorespeito; e a solidariedade, a autoestima. O amor, diz Carvalho⁶⁷⁷, deve ser compreendido como o conjunto de relações primárias, calcado em ligações afetivas fortes entre poucas pessoas, entre dois parceiros, de amigos e o amor entre pais e filhos. Desde o início da vida a criança desenvolve, especialmente com a mãe, uma espécie de relacionamento afetivo sobre o qual se alicerça uma maneira específica de reconhecimento recíproco, com desdobramento que pode ser concebido como padrão elementar de todas as formas maduras de amor.

⁶⁷² Art.226, §4º da Constituição Federal, já mencionado em momento anterior.

⁶⁷³ Art. 227 da Constituição Federal de 1988, já referido anteriormente.

⁶⁷⁴ LÔBO, *Direito Civil* – Famílias, 2009, p. 47-48.

⁶⁷⁵ CUNHA, João Paulo. A ética e o afeto. In: *Direito de família e psicanálise* – rumo a uma nova epistemologia. GROENINGA Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenadores). Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 84, 86.

⁶⁷⁶ RESTREPO, Luis Carlos. *El derecho a la ternura*. Barcelona: Península, 1997, p. 86-87.

⁶⁷⁷ CARVALHO, Thiago Fabres de. A criminologia da não violência: o imaginário punitivo de um abril despedaçado. In: *Processo penal eficiente e ética da vingança*: em busca da criminologia da não violência. ROSA, Alexandre Moraes da; CARVALHO, Thiago Fabres de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 114.

De igual modo que o princípio da afetividade, o da solidariedade encontra-se na Constituição Federal em vários dispositivos⁶⁷⁸. Entretanto, a regra matriz desse princípio está no inciso I, do artigo 3º, ao preceituar que dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está o de “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”. A solidariedade em relação aos filhos corresponde à exigência da pessoa de ser cuidada, até atingir a idade adulta.⁶⁷⁹

Portanto, os instrumentos protetivos, seja no âmbito internacional ou nacional, através da Constituição Cidadã ou do Estatuto da Criança e do Adolescente, significam um repensar sobre a infância e como o rumo de suas vidas pode afetar toda uma sociedade. O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é direito humano fundamental, calcado na dignidade da pessoa humana, corroborado pelo princípio constitucional da prioridade absoluta, sendo autoaplicável, não necessitando de regulamentação, não podendo ser eliminado ou limitado, cabendo ao Estado, à sociedade e à própria família fazer com que seja efetivado.⁶⁸⁰

A sociedade igualitária é aquela que deixa o máximo de liberdade à expressão do diverso, uma vez que a diversidade é precisamente o que é garantido pela igualdade, ou seja, a expressão mais ampla da individualidade de cada homem: uma sociedade na qual os homens não são disciplinados como portadores de papéis, mas respeitados como portadores de capacidades e de necessidades positivas.⁶⁸¹

Em outros escritos Baratta⁶⁸² enfatiza, ainda, que o que deve ser reconstruído é uma subjetividade humana integral ou *andrógina*, mas composta, ao mesmo tempo, das qualidades e dos valores que foram separados e contrapostos na criação social dos gêneros; que seja portadora de um conhecimento adequado às necessidades de um desenvolvimento humano em uma sociedade planetária complexa; que tenha uma rede de alianças capaz de recolocar em circulação e integre as mais variáveis formas de desigualdade e de opressão, recompondo a unidade da questão humana e do projeto de emancipação; enfim, que possa reconstruir as premissas teóricas e materiais e que seja capaz de,

⁶⁷⁸ Constituição Federal de 1988: art. 3º, I; art. 226; art. 227; art. 230.

⁶⁷⁹ LÔBO, *Direito Civil* - Famílias, 2009, p. 39-40.

⁶⁸⁰ LIRA, *Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro*, 2010, p. 549.

⁶⁸¹ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 208.

⁶⁸² BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero - Da questão criminal à questão humana. In: *Criminologia e feminismo*. CAMPOS, Carmen Hein de (Organização). Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 36.

contemporaneamente, respeitar a especificidade das lutas, reconstruindo, continuamente, a sua globalidade e a sua inter-relação.

E, por isso, estudar a situação da mulher no sistema de justiça criminal, de forma cientificamente correta, significa, ao mesmo tempo, ver a questão feminina e a questão criminal, ambas num contexto de uma realidade da sociedade: “a criminologia crítica e a feminista não podem ser duas coisas diversas; devem, necessariamente, constituir uma única.”⁶⁸³

Em tema que aborda a contribuição da criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil, ao tratar sobre as questões de violência contra a mulher, Campos⁶⁸⁴ argumenta que a não-intervenção do Estado na esfera privada legitima a naturalidade de uma divisão público-privado, fazendo parecer como natural o que foi socialmente construído. No campo do direito, outros ramos poderiam oferecer soluções mais efetivas que o direito penal, e o direito constitucional seria uma grande possibilidade.

A deslegitimação do sistema penal ficou esclarecida em diversos momentos deste estudo. Entretanto, não é demais reforçar, neste momento, que os problemas gerados por esse sistema podem ocasionar problemas de proporção muito maiores daqueles que se propôs a solucionar e um deles é, sem sombras de dúvidas, o abandono a que as famílias dos presos quase sempre estão sujeitas. A família do (a) apenado (a) passa a ser estigmatizada, rompendo, no plano prático, a individualização da pena. Os familiares são “apenados” com “etiquetas”, tais como: “parente de bandido”, “pai ou mãe de marginal”⁶⁸⁵, “filho de traficante”, dentre outras formas de etiquetamentos.

Na realidade prisional, seja ela masculina ou feminina, a possibilidade de visitas é um dos fatores de muita relevância, principalmente para que não ocorra um rompimento absoluto do interno com sua realidade familiar (pais, irmãos, esposo (a) companheiro (a), amigos), mas especialmente com os filhos, evitando a destruição de laços familiares de forma irrecuperável.

Neste contexto, Oliveira⁶⁸⁶ transcreve alguns depoimentos de detentos⁶⁸⁷, relativos à impossibilidade de receber visitas como forma de

⁶⁸³ BARATTA, *O paradigma do gênero* - Da questão criminal à questão humana, 1999, p. 43.

⁶⁸⁴ CAMPOS, *A contribuição da Criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil*, 2002, p. 147.

⁶⁸⁵ VERONESE; OLIVEIRA, *Educação versus punição* – a educação e o direito no universo da criança e do adolescente, 2008, p. 109.

⁶⁸⁶ OLIVEIRA, *Prisão: um paradoxo social*, 1996, p. 218-222.

⁶⁸⁷ A parte referente a esta etapa da pesquisa foi realizada pela autora na Penitenciária de Florianópolis, no ano de 1994.

punição⁶⁸⁸ e que é aplicada durante a execução penal, bem como sobre a necessidade que sentem das visitas da família e especialmente dos filhos e sobre a importância da efetivação desse direito no contexto carcerário⁶⁸⁹. Dentre as manifestações dos detentos que, unanimemente, enfatizam a importância do recebimento de visitas, especialmente da família, destaca-se uma das falas, que retrata em poucas palavras a imensidão da angústia do cárcere e a falta da convivência familiar: “Às vezes, a falta da família dá uma vontade de chorar, sem sair lágrimas, de gritar sem sair a voz.”

Manter os vínculos familiares, apesar do cárcere, é uma atribuição conjunta entre Estado, sociedade e as famílias dos presos e quiçá as dores da privação da liberdade possam ser amenizadas, enquanto outras alternativas envolvendo a prisão continuarem parecendo inatingíveis.

Apontou-se neste estudo que a ampla maioria das prisões das mulheres é decorrente de seu suposto envolvimento com o tráfico de drogas. Compreender, então, o seu significado e a escalada proibicionista, tanto internacional quanto no contexto brasileiro, contra as drogas ilícitas e consequentemente a expansão do poder punitivo envolvendo o aprisionamento feminino, mesmo que de forma sucinta, faz-se necessário.

3.5 MULHERES APRISIONADAS E O TRÁFICO DE DROGAS

Não é de hoje que se afirma que o direito penal opera como filtro e acaba selecionando certas pessoas. Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar

⁶⁸⁸ Depoimento 1: “O corte da regalia da visita é uma punição violenta, porque a família vem com maior sacrifício, gasta tempo e dinheiro. Às vezes vai embora e não volta mais”. Depoimento 2: “A visita não devia ser uma regalia, pois é um dos principais e importantes direitos do preso.” Depoimento 3: “Não tem castigo maior do que aquele que corta a visita. É errado, pois está prejudicando o preso e a família. Se o preso errou já foi castigado no isolamento. Não precisa ter o castigo duplo de lhe tirar a visita [...]”. OLIVEIRA, *Prisão: um paradoxo social*, 1996, p. 220.

⁶⁸⁹ Depoimento 1: “A visita é algo tão bom que parece que faz cair um pedaço da penitenciária.” Depoimento 2: “[...] Ajuda a solidão. Sem visita fica pensativo, sente-se mal. O homem sente necessidade de um calor humano.” Depoimento 3: “Às vezes, a falta da família dá uma vontade de chorar, sem sair lágrimas, de gritar sem sair a voz.” Depoimento 4: “A visita é o momento de tirar um pouco de saudades que se tem. Ajuda muito a palavra de apoio. A família sempre quer o bem.” Depoimento 5: “O pior, o pior, o pior é o ambiente e ter que conviver com certas pessoas que não são do seu gosto, mas que tenho que assumir, não tenho apoio, sinto-me só, é um mundo completamente diferente daquele lá fora. São poucas as pessoas que podem se comunicar. Sente-se muito animal. A visita da família ajuda, dá alegria, renova, sente-se o momento.” OLIVEIRA, *Prisão: um paradoxo social*, 1996, p. 221.

advertem que cada uma dessas pessoas encontra-se em determinado estado de vulnerabilidade ao poder punitivo e esse estado de vulnerabilidade será maior ou menor, dependendo se a correspondência com o estereótipo é mais alto ou mais baixo. Ninguém é atingido pelo poder punitivo em virtude desse estado, mas sim pela “situação de vulnerabilidade” que é a situação concreta de risco criminalizante em que a pessoa encontra-se.⁶⁹⁰

Hodiernamente, no Estado Democrático de Direito aprofunda-se a reflexão sobre a necessidade do mínimo existencial, com fulcro na teoria dos direitos humanos e do constitucionalismo. Há, portanto, um direito de cada um às condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. A proteção do mínimo existencial está alicerçada na ética, na liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana.⁶⁹¹

Fala-se, então, dos “de fora”, ou seja, o grupo dos que estão fora e que viram bodes expiatórios para os problemas da sociedade mais ampla. Conforme Young⁶⁹², considerada uma subclasse que vive no ócio e no crime; suas áreas são a morada de mães solteiras e pais irresponsáveis; sua economia é da droga, da prostituição e do comércio de objetos roubados; são as “impurezas” do mundo moderno recente.

Ao longo de muitos anos o estudo da mulher delinquente não foi explorado. Atualmente, entretanto, já é possível voltar-se a essa realidade, em virtude do aumento crescente da criminalidade feminina. Conforme Oliveira⁶⁹³, num caminhar lento, a mulher adentrou em áreas que outrora eram de predomínio exclusivo do homem. Essa mudança de papéis, de certo modo, torna a mulher mais vulnerável e, portanto, mais afeta ao mundo do crime, o que tem motivando pesquisas específicas envolvendo a criminalidade feminina e um olhar adequado que essa problemática exige.

Pode-se, então, neste ponto, refletir novamente sobre o aumento do aprisionamento de mulheres, decorrente de um suposto envolvimento com a questão das drogas ilícitas e, na sua grande maioria, em

⁶⁹⁰ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *Direito Penal Brasileiro* – I, 2003, p. 50-51.

⁶⁹¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 7-13.

⁶⁹² YOUNG, *A sociedade excludente*, 2002, p. 40.

⁶⁹³ OLIVEIRA, Odete Maria de. A mulher e o fenômeno da criminalidade. In: *Verso e reverso do controle penal* - (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. vol.1, ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Organizadora). Florianópolis: Boiteux, 2002, p. 169.

decorrência de prisões em flagrante, resultantes das “buscas” realizadas em suas residências pelas agências policiais, como já foi mencionado anteriormente. A situação de vulnerabilidade que a grande parcela dessas mulheres vivencia é decorrente dessa distribuição seletiva e que as atinge, espetacularmente, pois são pessoas com ínfimas defesas perante o poder punitivo.

Afirma Batista⁶⁹⁴ que quando a criminologia positivista não questiona a construção política do direito penal de *como, por quê e para quê* se ameaçam penalmente determinadas condutas, e não outras, que atingem determinados interesses e não outros e com os resultados estatisticamente demonstráveis, que alcançam pessoas de determinadas classes e não de outras, ela cumpre um importante papel político, de legitimação da ordem estabelecida.

São criados vários discursos contraditórios para distorcer e ocultar a realidade social da “droga”, mas que se apresentam como modelos explicativos universais. Como diz Olmo⁶⁹⁵, não há como definir corretamente a palavra “droga”⁶⁹⁶, uma vez que é usada de forma genérica para incluir toda uma série de substâncias muito distintas entre si, “inclusive em sua capacidade de alterar as condições psíquicas e/ou físicas, que têm em comum exclusivamente o fato de haverem sido proibidas.”

Sua grande popularidade ocasionou um excesso de informações, inúmeras vezes distorcidas e que conduziram a uma lamentável confusão, com suas respectivas consequências. Entretanto, o importante não parece ser nem a substância, nem a sua definição e nem sua capacidade ou não de alterar de alguma forma o ser humano, mas muito mais o discurso que se constrói em torno dele.⁶⁹⁷

O que se tem visto são discursos carregados de preconceitos morais, dados falsos e sensacionalistas, nos quais realidade e fantasia se confundem, contribuindo para sua associação com o desconhecido, o proibido, o temido, com a difusão e concretização do terror e como a

⁶⁹⁴ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 29.

⁶⁹⁵ OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 22.

⁶⁹⁶ Na linguagem científica, representada pela Organização Mundial da Saúde, a palavra droga significa “toda substância que introduzida em um organismo vivo, pode modificar uma ou mais funções deste”. [...] Na linguagem cotidiana, trata-se de “ toda substância capaz de alterar as condições psíquicas, e às vezes físicas do ser humano, do qual portanto pode-se esperar qualquer coisa.” OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 21.

⁶⁹⁷ OLMO, *A face oculta da droga*, 1990, p. 22.

responsável por todos os males que afligem o mundo contemporâneo: “é o bode expiatório por excelência”.⁶⁹⁸

O proibicionismo, configurado pela criminalização das condutas de produtores, comerciantes e consumidores das drogas tornadas ilícitas, é um fenômeno que ocorre, a nível global, a partir do século XX.

Internacionalmente, o proibicionismo se expressa nas três Convenções da Organização das Nações Unidas⁶⁹⁹ que restringem, apenas para fins médicos e científicos, a produção, a distribuição e o consumo de substâncias e matérias-primas tornadas ilícitas, criminalizando qualquer conduta que fossem realizadas com outros fins. Com a convenção de Viena de 1988 o cunho repressivo chega ao seu auge, a qual se inspira nitidamente na política de “guerra às drogas, lançada na década anterior e aprofundada nos anos 80.”⁷⁰⁰

Olmo⁷⁰¹ aborda a temática envolvendo cada década⁷⁰², no entanto, enfatiza que na América Latina foi no início dos anos setenta que começou o “pânico” envolvendo a droga, especialmente através dos meios de comunicação. Entretanto, é na década de oitenta que se

⁶⁹⁸ OLMO, *A face oculta da droga*, 1990, p. 22.

⁶⁹⁹ A Convenção Única sobre entorpecentes de 1961 (que revogou as Convenções anteriores e foi revista pelo protocolo de 1972); o Convênio sobre substâncias psicotrópicas de 1971; e a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena). Entretanto, a primeira ação internacional, com uma proibição coordenada à produção, distribuição e consumo de selecionada substâncias psicoativas e suas matérias-primas, foi sistematizada na Convenção Internacional sobre o Ópio, adotado pela liga das Nações, em Haia, em 1912, e recomendava que os Estados signatários examinassem a possibilidade de criminalização de posse de ópio, morfina, cocaína e seus derivados. A Convenção de Genebra, em 1931, veio complementar as anteriores sobre o Ópio. A Convenção Única de 1961, elencou em quatro listas as substâncias e matérias primas proibidas. O Convênio de 1971 reflete o conteúdo da Convenção de 1961. Com a Convenção de Viena de 1988, a tendência repressiva chega ao seu auge. KARAM, *Proibições, riscos, danos e enganos*: as drogas tornadas ilícitas, 2009, p. 2.

⁷⁰⁰ KARAM, *Proibições, riscos, danos e enganos*: as drogas tornadas ilícitas, 2009, p. 2-3.

⁷⁰¹ OLMO, *A face oculta da droga*, 1990, p. 33; 55; 80.

⁷⁰² Resumidamente, aborda-se um pouco desse desenvolvimento histórico de cada década, apresentado por Rosa Del Olmo: na década de cinquenta, a droga não era vista como um “problema”, uma vez que não tinha a mesma importância econômico-política da atualidade. O consumo não era tão elevado e era vista como um universo misterioso, vinculado aos opiáceos (morfina ou heroína) próprios dos grupos “marginais” da sociedade (desde grupos da elite, intelectuais, músicos, até delinquentes comuns). Na América Latina, também era associada aos “baixos escalões”. A década de 1960 pode ser vinculada ao modelo médico-sanitarista e seu uso como sinônimo de “dependência”. Na década de 1960 a heroína passou a ser sinônimo de “perturbação social”, nos EUA, pois atingia a juventude de classe média. O problema havia se agravado com a Guerra do Vietnã e os ex-combatentes consumiam, além de maconha, a heroína, que outrora se limitava aos guetos urbanos, chegou à juventude branca. Na década de 1980 a cocaína surge como droga de preocupação continental. Em 1986, no Rio de Janeiro, ocorreu a Conferência Especial Interamericana sobre Narcotráfico, dentre uma série de operações para impedir o acesso de drogas aos Estados Unidos, como a Operação Pássaro no Brasil (contra a instalação de laboratórios de refinamento de cocaína na Amazônia), *Chihuahua*, no México e *Hat Trick* na Colômbia. OLMO, *A face oculta da droga*, 1990, p. 29; 33; 39; 46; 55; 63.

estabelece o discurso jurídico transnacional e se internacionaliza o controle das drogas. Ao entrar na década de oitenta, os Estados Unidos tinham o maior número de consumidores de drogas de toda a sua história, especialmente cocaína e maconha. A preocupação central foi com a droga do *exterior*, especialmente do tráfico de cocaína, que se tornou o centro do discurso daqueles anos. Declara-se a *guerra contra as drogas*. Cria-se, dessa forma, o *estereótipo político criminoso latino-americano*, uma vez que nesse momento, o inimigo passa a ser o inimigo externo e as drogas são convertidas em um problema de segurança nacional.

Entretanto, ressalta Olmo⁷⁰³, apesar de todos os esforços, o tráfico e o consumo de drogas aumentaram. Nos primeiros anos da década de 1980, a tendência é responsabilizar, pelo uso da droga, a oferta e não a demanda, ou seja, o tráfico e não o consumo: o inimigo externo é o único culpado. A insistência em buscar soluções para o consumo de droga norte-americano no exterior permitiu legitimar a intervenção diplomática, financeira e até militar dos Estados Unidos em outros países, como ocorreu na Bolívia. Como as autoridades são sabedoras de que as drogas são mercadorias sujeitas às leis de *oferta e procura* do mercado (apesar de o fato ser ocultado no discurso) e como o volume de vendas nos Estados Unidos é cada vez maior, isso explicaria a insistência em apontar que a solução para o problema do consumo de drogas nos Estados Unidos está nos países estrangeiros.

Sobre o tema, Zaffaroni⁷⁰⁴ coloca que a administração norte-americana pressionou para que as ditaduras declarassem “guerra às drogas” e num primeiro momento, vinculado à segurança nacional. Nos anos 1980, toda a região sancionou leis antidroga muito semelhantes, configurando uma legislação penal de exceção, similar a que havia sido empregada contra o terrorismo e a subversão. Estabeleceu-se uma aberrante legislação penal autoritária. Essas leis, na maioria em vigor, violaram o princípio da legalidade, multiplicaram verbos (conforme a técnica legislativa norte-americana), associação, participação e autoria, tentativa, preparação e consumação, desconhecaram o princípio da ofensividade, violaram a autonomia moral da pessoa, apenaram enfermos e tóxico-dependentes. Na esfera processual, foram criados tribunais especiais, incorporados elementos inquisitoriais, como prêmio ao delator, valorização do espião, agente provocador, testemunhas anônimas, juízes e fiscais anônimos, etc.

⁷⁰³ OLMO, *A face oculta da droga*, 1990, p. 64-68.

⁷⁰⁴ ZAFFARONI, *O inimigo no direito penal*, 2007, p. 51-52.

Nesse contexto, diz Zaffaroni⁷⁰⁵, enquanto as prisões ficam abarrotadas de consumidores de tóxicos e de mulheres transportadoras (mulas), criam-se economias complementares e o aumento de corrupção dos sistemas penais. Entretanto, diz o autor, a droga não teve força de ocupar o lugar deixado pela queda do muro de Berlim e pelo autoritarismo penal, como era de se esperar; e também não teve efeito preventivo: a produção, a importação e o consumo de tóxicos nas sociedades latino-americanas ampliaram-se e difundiram-se, com o efeito perverso de “reservar o de melhor qualidade para a exportação e fomentar o consumo interno dos mais prejudiciais e destrutivos, seguindo a tradição de que se exporta o melhor e se consome internamente o pior, neste caso o necrosamento de neurônios”.

Carvalho⁷⁰⁶ contextualiza o desenvolvimento da criminalização, do uso, porte e comércio das drogas ilícitas, no Brasil, destacando que ocorreu ainda com as Ordenações Filipinas. Com o Código de 1890, passou-se a regulamentar os crimes contra a saúde pública. Entretanto, no início do século XX, com o aumento do consumo de ópio e haxixe, especialmente no meio intelectual e na aristocracia urbana, surgem novos regulamentos sobre o uso e a venda de substâncias psicotrópicas⁷⁰⁷. Foi com a Lei 5.726/71 que o sistema repressivo brasileiro de drogas se adequou às orientações internacionais, marcando de forma definitiva a descodificação da matéria. A legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de 1960, identificando o usuário como dependente (estereótipo da dependência) e o traficante como delinquente (estereótipo criminoso), iniciando-se o processo de alteração do modelo repressivo e que terá sua consolidação com a Lei 6.368/76 e seu ápice com a Lei 11.343/06.

A Lei 6.368/76 aprofundou a repressão: o artigo 12 especificou inúmeras condutas e nele poderiam ser encontradas todas as respostas para todas as hipóteses do comércio ilegal de entorpecentes; incluiu a

⁷⁰⁵ ZAFFARONI, *O inimigo no direito penal*, 2007, p. 52.

⁷⁰⁶ CARVALHO, *A política criminal de drogas no Brasil*, 2010, p. 10-17.

⁷⁰⁷ Em 1932, com a consolidação das leis Penais, a matéria é disciplinada. Posteriormente, os Decretos 780/36 e 2.953/38 passam a delinear um novo modelo de gestão repressiva, com pluralidade de verbos, substituição da terminologia para “substâncias entorpecentes” e previsão de penas carcerárias. Com o Decreto-Lei 4.720/42 e a Lei 4.451/64 se inicia um amplo processo de descodificação. Posteriormente, com o Decreto-Lei 159/67 surge a adequação das normas internas brasileiras aos compromissos internacionais. Substantial modificação ocorre com o Decreto-Lei 385/68 que, contrariando a orientação internacional e rompendo com o discurso de diferenciação, modifica o art.281 do Código penal, criminalizando o usuário com pena idêntica à imposta ao traficante. CARVALHO, *A política criminal de drogas no Brasil*, 2010, p. 10-17.

“associação para o tráfico”, incriminando o concurso de pessoas; ampliaram-se as causas de aumento de pena, dentre outros tratamentos penais que evidenciavam uma rede de controle, na qual o direito penal atuasse com rigor. A Lei 11.343/06 manteve toda essa carga punitiva⁷⁰⁸, ampliando, ainda, a pena mínima para o crime de tráfico que passou de três anos (a pena era de três a quinze anos) para cinco a quinze anos de reclusão. Impossibilitou, ainda, de forma expressa, a conversão da pena privativa de liberdade para restritivas de direito⁷⁰⁹.

Com a Lei 11.343/06, ocorreram pequenos avanços, contudo eles se perderam entre tantos “ovos de serpente” sendo de “causar vergonha que um país de afirmação democrática trilhe repetidamente caminhos que passam ao largo da dignidade humana.”⁷¹⁰

O tratamento diferenciador na Lei 11.343/06 consiste na distinção entre as sanções e os tratamentos penal, processual penal e penitenciário, entre os crimes de tráfico (art.33) e de porte para consumo (art.28). Os problemas de interpretação, diz Carvalho⁷¹¹, consistem nas formas de construção da tipicidade penal em ambos os delitos, da imensa diferença entre as quantidades de penas⁷¹² previstas e da ausência de tipos penais intermediários, com graduações proporcionais entre as duas espécies de condutas. Entre o mínimo e o máximo da resposta penal, evidencia-se a existência de uma zona cinzenta e cuja tendência é, em virtude da expansão do senso punitivo, projetar as condutas dúbias em alguma das inúmeras ações puníveis nos dezoito verbos nucleares que integram o tipo penal do art.33 da Lei 11.343/06, assim como ocorria durante a vigência da Lei 6.368/76.

Então, não há dúvidas que a linha cinzenta existe e não é por acaso que o sistema prisional, seja ele masculino ou feminino, está abarrotado de pequenos traficantes. Inúmeros deles são usuários e o comércio das drogas ilícitas destina-se muito mais para possibilitar a manutenção do vício do que para auferir algum lucro, com o comércio considerado ilegal. Na fase policial isso é altamente evidente: se há

⁷⁰⁸ CARVALHO, *A política criminal de drogas no Brasil*, 2010, p. 25.

⁷⁰⁹ Art. 33, §4º da Lei 11.343/06.

⁷¹⁰ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. *Nova lei de drogas – Comentários à Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. x.

⁷¹¹ CARVALHO, *A política criminal de drogas no Brasil*, 2010, p. 201-202.

⁷¹² No artigo art. 28, da Lei 11.343/06 as penas são: [...] I – advertência sobre os efeitos da droga; II - Prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. No artigo 33 da mesma lei as penas são: [...] reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

dúvidas entre ser usuário ou traficante (diga-se, usuário/traficante), a prisão se impõe e o caminho que medeia esse momento, (da prisão) até uma decisão judicial, é longo e tormentoso. Intramuros ou extramuros os reflexos, por vezes, são irreparáveis tanto na vida pessoal, quanto profissional (se é que tinha uma ou almejava ter) e social, por mais curta que seja sua estada naquele local.

Os dados estatísticos apontam para um grande número de presos provisoriamente no país⁷¹³. Dentre estes, as prisões em flagrante decorrentes do envolvimento com as drogas é muito alto. Sobre a prisão imposta antes de uma condenação, Karam⁷¹⁴ diz que nessa espécie de prisão, que não tem a natureza de pena, a violência, os danos e as dores produzidas pelo exercício do poder punitivo se fazem ainda mais agudos, pois ele resulta na privação da liberdade de um indivíduo sobre quem recai apenas uma suspeita de um alegado crime e que poderá, ao final, vir a ser absolvido. Portanto, nessa “zona cinzenta” mencionada por Carvalho, muitos usuários figuram como traficantes.

O acesso à assistência jurídica e à celeridade processual são fatores impeditivos de uma solução menos tormentosa para quem aguarda o transcorrer do tempo no sistema prisional. O número de mulheres que respondem ao processo criminal presas provisoriamente é muito expressivo e indicativo de punições múltiplas, denotativo da vulnerabilidade social, política e jurídica do contexto prisional feminino.⁷¹⁵

Para além das estatísticas, faz-se necessário estudar e compreender a criminalidade e a violência com exames de indicadores sociodemográficos (população, imigração, urbanização); indicadores socioeconômicos (trabalho, desemprego, seguridade social, condições de moradia, dentre outros), acompanhados pelos indicadores socioculturais e políticos.⁷¹⁶

Destacando o “outro lado” da política de enfrentamento às drogas, especificamente sobre a invasão do Complexo do Alemão, na cidade do Rio de Janeiro, em novembro de 2010, pelas “tropas de

⁷¹³ De acordo com dados do Ministério de Justiça – InfoPen- dos 457.641 homens presos, 153.526 são presos provisórios e das 36.596 mulheres presas, 9.737 são presas provisórias. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 28 de jul. 2011. Dados referentes ao mês de junho de 2010.

⁷¹⁴ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. vol.6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. viii.

⁷¹⁵ LEAL; MOURA; CHIES. *Dominação masculina e prisão: o contrato sexual e o encarceramento feminino*, 2009, p. 11. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 03 de ago. 2011.

⁷¹⁶ PASTANA, *Cultura do medo*, 2003, p. 62.

segurança pública”, Fonseca⁷¹⁷ relata que, não raras vezes, os moradores dessas comunidades carentes, em sua esmagadora maioria sem envolvimento com o tráfico de drogas, veem desrespeitado o seu direito à inviolabilidade de domicílio. Sem o consentimento do morador, mesmo inexistindo hipótese de flagrante delito, os barracos são invadidos, pois na guerra “tudo é permitido”.

Embora os meios televisivos não tenham mostrado em imagens aproximadas, na sua maioria, “os fujões eram jovens, negros, pobres, desdentados, analfabetos, marginais, no sentido de que eles e suas famílias sempre viveram à margem de qualquer política pública de inclusão e oportunidade social.” Explicando de outra forma, diz o autor, “esses jovens não tinham o que perder porque nunca tiveram nada e certamente por isso foram facilmente cooptados para incorporarem as fileiras do tráfico de drogas.”⁷¹⁸

O criminólogo⁷¹⁹ pergunta: “será que esta ‘guerra’ terá um fim um dia? o que fazer, então, com essa guerra, continuamente ‘solucionada’ de forma espúria, mas que nunca encontra um fim?” E, considerando todos os gastos e desgastes com o enfrentamento, conclui:

[...] se nosso país fosse politicamente sério, toda essa fortuna poderia ser direcionada para *a assistência à saúde dos fumantes e de todos os usuários de drogas em geral. Que maravilha! Que maravilha! Mas...o texto acabou...e a gente deve voltar à realidade. O tráfico continua, a guerra continua, o crime organizado continua, as mortes continuam, a corrupção continua, grande parte do tempo dos profissionais honestos continua sendo tomada por conta disso tudo, o sistema prisional continua cada vez mais inchado, uma imensa fortuna continua sendo gasta, com um resultado simplesmente pífio e...os usuários continuam à mercê de seu vício, sem assistência digna e eficiente por parte do Estado; porque o dinheiro está sendo gasto com o interminável combate ao tráfico.*⁷²⁰

⁷¹⁷ FONSECA, Tiago Abud da. *Complexo do Alemão*: retrato da política bélica contra o tráfico de drogas e a violação aos direitos fundamentais dos pobres. Boletim IBCCRIM. São Paulo: ano 18, nº 220, p. 7, março de 2011.

⁷¹⁸ FONSECA, *Complexo do Alemão...*, p. 7, março de 2011.

⁷¹⁹ SÁ, Alvinio Augusto de. *Sonhando com o “fim do tráfico de entorpecentes”*. Boletim IBCCRIM. São Paulo: ano 18, nº 211, p. 4-5, junho de 2010.

⁷²⁰ SÁ, *Sonhando com o “fim do tráfico de entorpecentes”*, p. 5-6, junho de 2010.

Para Andrade⁷²¹ há, no mínimo, duas grandes vozes que devem ser ouvidas e que estão, sistematicamente, silenciadas pelos discursos oficiais das drogas: a dos envolvidos na situação-problema e seu universo de interação e a voz do conhecimento emancipatório. Por quê? Porque é o homem que está em questão, é ele o seu destinatário. Tratando-se, em última instância, de salvaguardar vidas humanas, pois mesmo que, ilusoriamente, o universo da drogadição esteja envolto numa profunda sensação de prazer, é um universo de dor, assim como o é o universo do castigo, simbolizado e institucionalizado no sistema penal. Converter o problema da drogadição num problema penal, só redundará numa duplicação de dor e de sofrimento inútil.

E quanto à cidadania? Quanto à cidadania, enfatiza Oliveira⁷²², ela é negada a todo momento pelas inúmeras formas de violência, tanto estruturais como camufladas e que criminalizam as formas de vida das classes mais baixas. O resgate da cidadania é o resgate do entendimento do desvio em um mundo real, com instituições reais e em um tempo histórico real e este mundo é o capitalismo industrial globalizado. Ele aumenta significativamente as situações de miséria e de condições desumanas de vida para grande parcela da população; que explora e elimina expectativas de outra grande parcela.

No mundo hodierno, adverte Vieira⁷²³, os impactos da globalização reorientam o Estado e os interesses das elites dominantes, outorgando-lhes perspectivas não-territoriais e extraterritoriais. Inúmeros problemas tornaram-se imediatamente globais (e dentre eles também na área criminal envolvendo, especialmente, as drogas) e a maioria da população dos diversos Estados, marginalizada social e economicamente pela globalização, perde interesse e energia para participar das lutas políticas internas, mergulhada na passividade e alienação.

Tematizando a construção de uma nova cidadania, a proposição de Andrade⁷²⁴ é, através de alguns deslocamentos, e num esforço transdisciplinar, chegar a uma aproximação conceitual de cidadania, como sendo a dimensão de inclusão/participação e responsabilidade pela vida social e política (vista como espaço público local, regional,

⁷²¹ ANDRADE, *Dos discursos enunciados aos discursos silenciados: recuperando a dignidade da política criminal pelo e para o homem*, 2010, p. xxiv.

⁷²² OLIVEIRA, *Redução da idade penal: um velho sonho para os jovens sonhadores*, 2002, p. 213.

⁷²³ VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania – a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 28.

⁷²⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: Códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 76-77.

nacional, global, entre outros) e com o qual a reivindicação, o exercício e a “proteção de direitos, deveres e necessidades se exteriorizam enquanto processo histórico de luta pela emancipação humana, ambigualmente tencionado pela regulação social.”

A cidadania, originariamente individualista, adquire, também, uma conotação social. Entretanto, esta não suprime aquela dimensão, permanecendo sua complementariedade, numa manifesta ampliação dos direitos de cidadania. Em outras palavras: os direitos adquiridos não se perdem com a “superação histórica das matrizes ideológicas que os inspiraram, adquirindo permanentemente o significado de um campo de luta para a conquista de novos direitos.”⁷²⁵

Portanto, como anteriormente afirmado, a “guerra” contra “traficantes” tem autorizado uma imensidão de discursos carregados de preconceitos e sensacionalismos. Assim, não se distingue mais o que é real e o que é fantasioso, contribuindo para propagandear o desconhecido, o proibido, o temido, com a propalação do terror, atribuindo-lhe a responsabilidade por todos os males que afligem o mundo contemporâneo.

3.6 O “BEM JURÍDICO” TUTELADO PELA LEI DE DROGAS *VERSUS* A GARANTIA PRIORITÁRIA DE PROTEÇÃO À ENTIDADE FAMILIAR

De um lado tem-se a preocupação com a tutela da saúde pública e que o Estado busca “proteger”, evitando o “uso” de substâncias consideradas nocivas à saúde e elencadas no rol das proibidas, combatendo este “uso” com o ataque a quem fornece, entrega, distribui, dentre tantas outras condutas elencadas no dispositivo legal já mencionado. De outro lado, esse mesmo Estado, constitucionalmente, formaliza que existe a preocupação *prioritária* com a família, com a criança e com o adolescente, como se observou nos tópicos anteriores relativos à importância da convivência, do amor, do afeto e da solidariedade nas relações familiares.

Diante disso, o que fazer quando o que se pretende proteger (as relações familiares e sociais) está sendo violentamente afetado pela criminalização exacerbada da política contra as drogas tornadas ilícitas, justificada pela árdua “missão” de proteger a saúde pública? Não é pouco o que se tem, ainda, a refletir.

⁷²⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: Do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 91.

Imperioso é, então, o momento de repensar a aplicabilidade do estatuto repressivo de tráfico de drogas, propondo outras alternativas e que se mostrem mais adequadas aos fenômenos sociais. Essa proposta é de Mello⁷²⁶. A autora afirma que a Lei 11.343/2006 mostrou a que veio: “selecionar, estigmatizar, e extirpar a liberdade de pessoas de baixo ou nenhum poder aquisitivo (excluídos), deixando mais ‘fora’ ainda, se é que isso é possível, da sociedade – na qual não vivem senão à margem (marginalizados).”

A proposição de Batista⁷²⁷ é para pensar que numa sociedade verdadeiramente justa e democratizada os fins do direito penal e da pena constituirão, de forma transparente e debatida, apenas um único projeto. Cabe um esforço para desmistificar os *fins do direito penal*, como já ocorreu em relação às funções da pena, questionando as respostas usuais. Entre os autores brasileiros, mencionados por Batista, prevalece o entendimento de que o fim do direito penal é a *defesa de bens jurídicos*⁷²⁸. Há os que colocam a defesa dos bens jurídicos como o meio empregado para a *defesa da sociedade*⁷²⁹, eventualmente concebida como *combate ao crime*⁷³⁰; outros enfatizam a defesa dos *valores sociais* que subjazem nos bens jurídicos⁷³¹ ou o ‘robustecimento na consciência social’ desses valores⁷³².

Entretanto, afirma Batista⁷³³, quem, adequadamente, promove uma depuração no conceito de *bem jurídico* é Toledo, uma vez que Aníbal Bruno supõe uma sociedade unitária, vivenciada e apreendida por uma consciência social também unitária: a noção de classe social não é chamada a participar.

Então, se o ordenamento jurídico está voltado a proteger algo e o objeto dessa proteção é um “bem jurídico”, urge compreender o que é “bem jurídico”. Atendendo a sugestão de Batista, busca-se em Toledo esta compreensão, dentre outros aspectos relevantes do pensamento do referido mestre que serão ora mencionados e que se tornam necessários para entender por que compete ao direito penal a proteção de determinados bens.

⁷²⁶ MELLO, Thaís Zanetti de. *O tráfico é feminino?* É, sim senhora! A faceta inexplorada. In: Boletim IBCRIM. São Paulo, ano 17, n. 205, p. 14-15, dez, 2009. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 03 de ago. 2011.

⁷²⁷ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 114-116.

⁷²⁸ Aníbal Bruno, Fragoso, Damásio, Toledo, Mirabete.

⁷²⁹ Aníbal Bruno, Fragoso.

⁷³⁰ Mirabete

⁷³¹ Brito Alves.

⁷³² Damásio.

⁷³³ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 114-115.

Esclarece Toledo⁷³⁴, ao tratar sobre as missões e limites do direito penal, que quando se afirma que “a tarefa do direito penal é a luta contra o crime”, diz-se algo verdadeiro. Entretanto, não é correto afirmar que essa missão seja exclusiva do direito penal, pelo menos na “luta” preventiva na qual estão ou deveriam estar envolvidos importantes setores da vida da comunidade, como por exemplo, a família, a escola, os órgãos assistenciais (especialmente os órgãos de proteção à criança e adolescente), cada um do seu modo de envolvimento. As ideias dos pensadores quanto à delimitação desses objetivos não é unânime, diz Toledo, mas com visão um pouco diferenciada, cita Jescheck e Wessels. Para este, significa a “proteção de valores elementares da vida comunitária e na manutenção da paz social”, enquanto aquele vê no direito penal um “ordenamento de proteção e de paz para as mais essenciais relações humanas, por isso que a tarefa ‘é a proteção da vida comunitária do homem na sociedade’”.

Contextualizando historicamente, Toledo⁷³⁵ relata que no século XVIII, contra a ordem que estava posta e como preparação para uma nova forma de Estado, em que não existissem amarras entre liberdade de religião e de pensamento, com Thomasius, Kant e outros adeptos, há um esforço para distinguir a moral do direito, para que este se ocupasse do foro externo e aquela do foro íntimo. Muitas críticas ocorreram. O direito que não pode prescindir das noções de dolo, culpa, boa-fé, etc., necessita considerar o foro íntimo, o aspecto interno da ação. Por sua vez, a moral que ficasse neutra na presença do aspecto externo do comportamento humano resultaria numa ética justificadora de toda espécie de monstruosidade ingênua.

A separação entre moral e direito levada a certos extremos, resultou, em momento mais avançado, no oposto do que inicialmente pretendia-se. O Estado torna-se todo-poderoso, desvinculado de qualquer limitação na elaboração e imposição da lei humana e embrenha-se no terreno perigoso das teorias da profilaxia e da defesa social, sem qualquer limitação. E, por isso, no plano do direito penal, se inicialmente a separação produziu grandes frutos, em dados momentos históricos, a instrumentalização do ordenamento jurídico-penal terminou de forma contrária, com fins condenáveis, com barbáries que a

⁷³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6-7.

⁷³⁵ TOLEDO, *Princípios básicos do direito penal*, 2002, p. 8-9.

ingenuidade de muitos acreditava que houvesse sido banida da face da terra.⁷³⁶

E é a partir da Segunda Grande Guerra que ressurge a preocupação dos juristas com o antigo tema do direito natural e, em consequência, com a relação entre moral e direito. Diz Toledo⁷³⁷ que com Welzel surge a visão de que “um ordenamento social só é direito quando for mais do que uma contingente manifestação de força, quando procura realizar o que é socialmente verdadeiro e justo.” Há, então, importantes penalistas modernos, com tendência gradual à eticização do direito punitivo e, ainda, significativa corrente que pretende transformá-lo em puro instrumento de profilaxia ou de defesa social.

Na concepção de Toledo⁷³⁸, não há como deixar de enfrentar duas proposições igualmente válidas e aparentemente contraditórias: primeiro que não há como negar que o direito penal tem um fundo ético⁷³⁹. Segundo, a máxima de que “nem tudo o que é lícito é honesto”. Então, uma compatibilização dessas duas proposições poderia ser buscada na teoria do “mínimo ético” de Jellinek, dentre outros, segundo a qual o direito representaria somente aquele núcleo mínimo de moral indispensável para a vida em sociedade. Portanto, diz Toledo, não se pode admitir contradição ou oposição entre o direito e a moral, pois as duas contêm princípios reguladores do comportamento humano e esta é a dificuldade da questão.

O direito penal também deve contribuir para a construção de um mundo valioso e dessa forma não tem como colocar-se em oposição aos valores morais dominantes. Entretanto, pela inutilidade de sua intervenção e para não causar males irreparáveis, limita extremamente o campo de sua atuação. Por isso não deve ser chamado a tudo resolver, e muito menos transformar-se em um modelador do caráter, da personalidade ou sancionador da formação moral da pessoa. Apenas quando a vida comunitária for atingida de maneira grave é que o direito penal cuidará da proteção correspondente. Então, a tarefa imediata do direito penal é de natureza eminentemente jurídica e visa à proteção de bens jurídicos, quando outros ramos do direito estiverem ausentes,

⁷³⁶ TOLEDO, *Princípios básicos do direito penal*, 2002, p. 8-9.

⁷³⁷ TOLEDO, *Princípios básicos do direito penal*, 2002, p. 9-10.

⁷³⁸ TOLEDO, *Princípios básicos do direito penal*, 2002, p. 10-13.

⁷³⁹ “Os conceitos de culpabilidade, de ação injusta, de punição, nele entranhados, são indubitavelmente de fundo e de origem ética.” TOLEDO, *Princípios básicos do direito penal*, 2002, p. 4.

falharem ou revelarem-se insuficientes: daí o seu caráter subsidiário, como *ultima ratio regum* e nada mais além disso.⁷⁴⁰

Não é diferente a visão de Queiroz⁷⁴¹ quando afirma que a norma penal não é o começo da socialização, mas a sua culminação. Não é todo controle social e nem a sua parte mais importante; a norma penal não cria valores, nem constitui um sistema autônomo de motivação de comportamento humano, mas deve ocupar, dentro do sistema social, um papel menor, secundário, uma vez que sua atribuição é subsidiar a intervenção de outras instâncias de controle. Por isso, o direito penal só tem sentido se for uma continuação de um conjunto de instituições, públicas ou privadas, cuja atribuição seja socializar e educar para a convivência entre os indivíduos, por meio de aprendizagens e de internalização de certas pautas de comportamento, podendo, assim, ser utilizado apenas quando as demais instâncias de controle social fracassassem.

Após esta contextualização, chega-se à conclusão que a tarefa atribuída ao direito penal é a proteção de bens jurídicos. Parte-se, então, para a conceituação de bem jurídico, ainda na visão de Toledo⁷⁴². “Bem”, em sentido amplo, é tudo o que é útil, necessário, valioso, digno. Dentre o imenso número de bens existentes, o direito seleciona aqueles que considera “dignos de proteção” e os eleva a “bens jurídicos” e isso é resultante de lenta elaboração doutrinária, empenhada na busca de um conteúdo material para o injusto típico.

De acordo com o que o *tipo* descreva como uma lesão do objeto de proteção, ou um perigo para a integridade desse objeto, distingue-se entre *tipos de lesão* e *tipos de perigo*. Os tipos de lesão caracterizam-se pela lesão real do objeto de proteção; os tipos de perigo (distinguindo-se, estes, entre tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato) descrevem apenas a produção de um perigo para o objeto de proteção.⁷⁴³

A criação de figuras delitivas que não resultassem em lesão real ou potencial a bens jurídicos significaria admitir um sistema penal que punisse o agente pelo seu modo de ser ou de pensar. Não se deve confundir bem jurídico tutelado com objeto material do crime. Por exemplo, no delito de homicídio, o objeto material é o corpo humano e o bem jurídico é a vida. Por derradeiro, a ofensa real ou potencial a um

⁷⁴⁰ TOLEDO, *Principios básicos do direito penal*, 2002, p. 10-13.

⁷⁴¹ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal* – parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 30-31.

⁷⁴² TOLEDO, *Principios básicos do direito penal*, 2002, p. 15-17.

⁷⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 35.

bem jurídico não basta para a caracterização do ilícito, pois o crime tem uma estrutura jurídica complexa e são somadas à ofensa ao bem jurídico outras circunstâncias⁷⁴⁴, não menos importantes, para o seu aperfeiçoamento.⁷⁴⁵

O que visa proteger, então, a legislação de drogas? Afinal, que bem jurídico é tão relevante que mereça tamanha preocupação, manifestada pela constante “demonização” voltada a quem se envolve com as mazelas que norteiam as substâncias proibidas?

A contribuição de Karam⁷⁴⁶, nesse sentido, novamente é relevante, quando enfatiza que no Estado Democrático de Direito todo dispositivo legal criminalizador necessita ter como elemento primário a ocorrência de uma lesão ou de um perigo concreto de lesão ao bem jurídico que se pretende proteger e que delimita o campo de incidência da regra definidora da conduta criminalizada. Portanto, é incompatível com o Estado Democrático de Direito a previsão dos denominados bens jurídicos de controle que, apelando para expressões vagas, orientam a atenção do direito penal para criminalizar condutas que atingem, tão somente, a mera afirmação da vontade ou da autoridade do Estado. Na hipótese das drogas tornadas ilícitas, o único bem jurídico reconhecível nas regras incriminadoras é a saúde pública.

A saúde pública (uma espécie do gênero da incolumidade pública), de caráter coletivo, só se verifica na medida da expansibilidade da lesão ou do perigo concreto de lesão a um número indeterminado de sujeitos. No que se refere ao consumo, diz Karam⁷⁴⁷, existe um dos mais ocultos paradoxos da criminalização. O que se desenvolve na política criminalizadora impede que se perceba a proteção da saúde pública que fundamentaria a criminalização e que contrariamente se vê afetada por esta mesma criminalização, resultando em maiores riscos à integridade física e mental dos consumidores dessas substâncias. Com a clandestinidade imposta pela proibição, a política proibicionista favorece a ausência de um controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando as adulterações, as impurezas, favorecendo a falta de higiene, resultando na difusão de doenças

⁷⁴⁴ Como o são os elementos subjetivos do tipo; a antijuridicidade; a culpabilidade; a tentativa inidônea; o grau e intensidade da ofensa, etc.

⁷⁴⁵ TOLEDO, *Princípios básicos do direito penal*, 2002, p. 16-17.

⁷⁴⁶ KARAM, Maria Lúcia. Revisitando a sociologia das drogas. In: *Verso e reverso do controle penal* – (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Organizadora). Florianópolis, 2002, p. 138.

⁷⁴⁷ KARAM, *Revisitando a sociologia das drogas*, 2002, p. 138.

transmissíveis e, por desconhecimento de sua potência, resultando em maiores riscos.

E é neste contexto que os sujeitos envolvidos com as drogas foram eleitos como os novos “inimigos” da sociedade global, reduzindo toda a complexa problemática exclusivamente à esfera penal. A escolha, para Carvalho⁷⁴⁸, além de potencializar violências, historicamente, impossibilitou soluções alternativas não-penais, fundadas na diversificação e na redução dos riscos e dos danos provocados pelo (ab) uso de drogas.

Batista⁷⁴⁹ enfatiza que pessoas envolvidas com o (ab) uso de drogas (licitas ou ilícitas) precisam de ajuda e sua família, seus amigos, colegas de trabalho, sua comunidade devem-lhe essa ajuda e o Estado deve fomentar os caminhos, mediante programas que facilitem os recursos para sua execução. O sistema penal é absolutamente incapaz de qualquer intervenção sobre o “viciado”.

A política proibicionista, desvinculada de reais preocupações com a saúde pública, que faz da pessoa humana um mero subsistema funcional do sistema existente, impõe limitação ao controle terapêutico-assistencial, especialmente àqueles voltados à redução de danos. Por isso, diz Karam⁷⁵⁰, aceitando-se as evidências de que a maioria das pessoas não deixará de consumir tais substâncias e que para minimizar as consequências adversas do consumo de drogas lícitas ou ilícitas a atitude mais racional e eficaz está na realização de políticas de saúde pública que possibilitem que tal consumo ocorra em condições que resultem no mínimo possível de danos às pessoas consumidoras e à sociedade.

Portanto, no mesmo sentido de Karam, Batista⁷⁵¹ entende que o caminho para superar o discurso e as práticas institucionais voltadas às “drogas demoníacas” é direcionar todo o problema ao eixo da “saúde pública”. O Brasil está se destacando na rota da cocaína, entretanto, a droga que tem sido abusada, que debilita, que mata milhares de brasileiros, de forma direta, pela dependência ou de forma indireta, pelos espancamentos domésticos, acidentes de trânsito, rixas em locais abertos ao público é o álcool. Centenas de milhares de pessoas abusam dela e o uso continuado dessa droga “lícita” também faz um terrível mal à saúde. Portanto, a expulsão do “demônio” pela saúde pública

⁷⁴⁸ CARVALHO, *A política criminal de drogas no Brasil*, 2010, p. 299.

⁷⁴⁹ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos* – Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 66.

⁷⁵⁰ KARAM, *Revisitando a sociologia das drogas*, 2002, p. 139.

⁷⁵¹ BATISTA, *Punidos e mal pagos*, 1990, p. 62.

permitiria perceber que não existe a *droga*, como abstração satânica, mas drogas concretas mais ou menos maléficas ou destrutivas.

Olmo⁷⁵² enfatiza que são vários os discursos construídos em torno da “droga”, destacando-se: o médico, o cultural e o moral⁷⁵³. O discurso médico, que é proveniente do modelo médico-sanitarista, ao considerar o drogado como um “doente” e a droga um “vírus, uma epidemia ou uma praga”, serve para criar o estereótipo da dependência, o *estereótipo médico*. E sob esse aspecto o problema concentra-se concretamente na saúde pública.

O outro discurso, o dos meios de comunicação, chamando o consumidor de “drogado”, “viciado” (ou “dependente”, se é rico), serve para criar o *estereótipo cultural* e o *estereótipo moral* é manifestado na droga vista como “prazer proibido”, “veneno da alma” ou “flagelo”.⁷⁵⁴

Há, ainda, um quarto tipo que é o *estereótipo criminoso*, presente desde que existem legislações sobre drogas, mas que atualmente se transformou em *estereótipo político-criminoso*, ao recorrer ao discurso político para legitimar-se como discurso jurídico: a droga é vista como “inimiga” e o traficante (que é objeto central desse discurso) como “invasor”, “conquistador”, ou ainda, como “narcoterrorista” e “narcoguerrilheiro”. O discurso *político-jurídico*, mais conhecido como “geopolítico”, amplamente difundido na década de 1980 no Continente Americano, é compatível com a incorporação dos postulados da Doutrina da Segurança Nacional.⁷⁵⁵

Há seriamente a necessidade de refletir-se sobre a elaboração de uma política latino-americana a respeito da questão das drogas. Esta é a proposta de Batista⁷⁵⁶ que afirma que “a dependência da política das drogas é algo mais perigoso do que a dependência da própria droga, até porquanto os malefícios não se circunscrevem a uma só pessoa.”

No mesmo sentido, Olmo⁷⁵⁷ afirma que para a criminalização predominou o interesse econômico sobre o médico e isso é agravado quando se tenta “difundir um mesmo discurso universal, atemporal e a-histórico sobre o ‘problema das drogas’, como se a situação de cada país e de cada droga fossem semelhantes.” Por isso:

⁷⁵² OLMO, *A face oculta da droga*, 1990, p. 23-24.

⁷⁵³ Olmo ressalta que os três tipos de discurso foram apontados por Carlos González Zorrilla, advogado penal espanhol.

⁷⁵⁴ OLMO, *A face oculta da droga*, 1990, p. 24.

⁷⁵⁵ OLMO, *A face oculta da droga*, 1990, p. 24.

⁷⁵⁶ BATISTA, *Punidos e mal pagos*, 1990, p. 59.

⁷⁵⁷ OLMO, *A face oculta da droga*, 1990, p. 26.

Receber acriticamente um discurso que transita entre a histeria e a cegueira, a começar pela dualidade *país-vítima* importador (Estados Unidos) e *países-agressores* exportadores ou facilitadores (Colômbia, Bolívia e, ouro sobre azul, Panamá, Cuba ou Nicarágua), e construir sobre tal discurso uma política criminal, é enredar-se num indecifrável e contraditório novo. Novelos contraditórios e indecifráveis costumam ser, infelizmente, atrações às quais não resistem muitos juristas do lado de baixo do Equador.⁷⁵⁸

Na América Latina são produzidas maconha e cocaína⁷⁵⁹, mas pequenas quantidades são aqui consumidas, decorrente dos elevados preços que são conseguidos na América do Norte. A situação se relaciona a uma ordem econômica internacional injusta. Aqui também se produz e se exporta alimentos e ainda há compatriotas que morrem de fome. As leis de mercado são inexoráveis e funcionam tanto para as drogas quanto para os alimentos. De outra banda, o hemisfério Norte brindou vários povos com algumas drogas muito mais destrutivas, por exemplo, os agrotóxicos organocloratos (cancerígenos) e a talidomida, em que milhares de brasileiros sofreram suas devastosas consequências. E quem respondeu por tais crimes?⁷⁶⁰

Visualizar o “problema da droga” através dos diversos discursos existentes, apontados por Olmo, contribui apenas para reforçar a confusão que reina e para ignorar as suas reais dimensões psicológicas e sociais, bem como as políticas e econômicas e que, no caso das drogas, o político e o econômico são ocultados, dissolvendo-se no psiquiátrico e individual⁷⁶¹.

Por isso, o desafio da criminologia crítica no Brasil (e que também pode ser estendido aos demais países da América Latina) é, de

⁷⁵⁸ BATISTA, *Punidos e mal pagos*, 1990, p. 59-60.

⁷⁵⁹ Descreve Batista que alunos bolivianos do Mestrado Latino-americano de Ciências Criminais e Direito Penal relataram que nas áreas em que os fuzileiros navais norte-americanos despejaram suas poderosas drogas, arrasando as plantações de coca e adjacentes, começaram a nascer crianças com deformações. É uma trágica metáfora que evidencia a imperiosa necessidade de uma política criminal latino-americana para as drogas. BATISTA, *Punidos e mal pagos*, 1990, p. 62.

⁷⁶⁰ BATISTA, *Punidos e mal pagos*, 1990, p. 60.

⁷⁶¹ OLMO, *A face oculta da droga*, 1990, p. 25.

acordo com Batista⁷⁶², através da história de colônia, do extermínio dos povos indígenas e com as marcas da escravidão, compreender as novas funções do sistema penal, num contexto de um capitalismo tardio periférico, com a mutação do Estado Previdenciário em Estado Penal⁷⁶³, com o amplo poder do mercado e da mídia e com o papel que a geopolítica das drogas, capitaneadas pelos Estados Unidos, exerce no contexto da criminalização global dos pobres. A cada “ajuste” que ocorre no sistema financeiro internacional, corresponde a uma leva de criminalização na América Latina e as prisões que outrora foram projetadas como “fábricas de disciplina”, hoje, são “fábricas de exclusão”.

A história, às vezes, tem se convertido em um lugar onde se torna difícil o desenvolvimento em busca da liberdade das pessoas, porque estas têm sido submetidas a um jogo de forças que as têm tratado como coisas, como objetos e não como sujeitos. No entanto, sempre caberá, enquanto haja vida humana, a possibilidade radical de reconduzir o desenvolvimento histórico da sociedade para criar espaços de liberdade na direção mais humana e solidária.⁷⁶⁴

Na América Latina, especialmente na Colômbia, Peru e Bolívia, quase oitocentos mil camponeses vivem do cultivo da *coca* e da *cannabis*. Com certeza cultivariam qualquer outro produto que lhes garantisse a sobrevivência. Entretanto, as instâncias decisórias da ordem econômica internacional, que determinam onde plantar, o que plantar, para quem vender e por qual valor, não se concentra na América Latina⁷⁶⁵. Portanto, “com todas as suas deficiências, as políticas repressivistas, desfrutam de inquestionável preferência social, e a

⁷⁶² BATISTA, Vera Malaguti. Duas ou três coisas que sabemos (por causa) dele. In: *Verso e reverso do controle penal* – (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. vol.1 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Organizadora). Florianópolis, 2002, p. 195.

⁷⁶³ De acordo, também, com Loïc. *Punir os pobres* – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos, 3. ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, já referenciado no decorrer deste trabalho.

⁷⁶⁴ FRUTOS, Juan Antonio Senent. *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde El horizonte de la praxis*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 133.

⁷⁶⁵ Ressalta Batista que “o exíguo grupo de pessoas que controlam as organizações criminosas que comercializam a droga ao norte do Equador, lucra anualmente em torno de uma dívida externa do Brasil em dinheiro livre de impostos. A arte de Satanás consiste em fazer recair sobre os camponeses latino-americanos, regularmente, prisões extensas e fuzileiros navais americanos.” Por isso, nos últimos anos, especialmente nos Estados Unidos, surge a ideia de um sistema legal de controle às drogas. O fracasso da estratégia repressivista e sua “colaboração” para beneficiar grandes traficantes surgem vozes para controlar o problema pela legalidade, ao invés do frustrado controle pela ilegalidade. A ideia deve ser amadurecida. BATISTA, *Punidos e mal pagos*, 1990, p. 64.

variável demoníaca contribui para ocultar o malogro de seu real desempenho.”⁷⁶⁶

Importante, ainda, é ressaltar que afirmações apressadas e sem cautela podem transformar-se em estímulo ao consumo, ampliando a possibilidade de escolha entre os diversos tipos de substâncias e preços, igual ao estabelecido por qualquer mercado, ignorando os diferentes graus de dependência (esta é uma das razões centrais de sua regulação), uma vez que a finalidade é o lucro. Entretanto, apenas informar e não educar sobre cada uma das diversas substâncias tem como consequência seu consumo imprudente e talvez este seja o principal fator de danos.⁷⁶⁷

No Brasil, bem como em diversos países, a política proibicionista, propagadora da “guerra às drogas” é, atualmente, o campo mais fértil de germinação da crescente ampliação do poder punitivo e que, perigosamente, ameaça os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito. Diante disso, enfatiza Karam⁷⁶⁸, as fantasiosas informações que reforçam um sistema fechado das drogas qualificadas de ilícitas; a estigmatização de consumidores, produtores e distribuidores das substâncias tornadas mercadorias ilícitas; os altos custos sociais da criminalização; as violações de princípios de um direito garantidor; a ultrapassagem dos limites da legalidade na elaboração e aplicação de legislações penais; são cada vez mais questões de reflexão e questionamentos, para que se possa abrir mentes, quebrar preconceitos, transformar mentalidades, voltadas à pessoa humana, rompendo as falsas e danosas premissas da perigosa e violenta política proibicionista.

É inegável, diz Batista⁷⁶⁹, que numa sociedade dividida, o bem jurídico que opera nos limites entre a política criminal e o direito penal tem caráter de classe e por isso a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Em uma sociedade dividida em classes, o direito penal protegerá relações sociais/interesses/valores escolhidos pela classe dominante, mesmo aparentando certa “universalidade” e contribuindo para a reprodução dessas relações. Além disso, “efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de ‘missão secreta’ do direito penal”.⁷⁷⁰

⁷⁶⁶ BATISTA, *Punidos e mal pagos*, 1990, p. 64.

⁷⁶⁷ OLMO, *A face oculta da droga*, 1990, p. 25.

⁷⁶⁸ KARAM, *Revisitando a sociologia das drogas*, 2002, p. 133-134.

⁷⁶⁹ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 116.

⁷⁷⁰ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 116.

Por isso, atribuir ao desvio de uma conduta sua devida conotação política possibilitaria compreender os conflitos dos quais o desvio é inerente, para poder tratar-se seriamente de sua resolução; entendê-lo como expressão da natureza humana que busca fugir da lógica desumana imposta pela exclusão, opressão e discriminação, é uma proposta⁷⁷¹.

Num mundo em que os empregos são cada vez mais precários, em que as famílias passam por grandes instabilidades e onde, certamente, não é difícil compreender a situação do desemprego, as dificuldades das mães solteiras, a sugestão de Young⁷⁷² é para a implementação de uma política capaz de abranger os excluídos e todos aqueles que se encontrem em situações precárias. Precisa-se de políticas que partam da margem e sigam tão longe quanto seja aceitável e isso significa um longo caminho a percorrer, ao invés de políticas que partam do centro e sigam tão longe quanto seja caridoso, o que não é muito.

A grande verdade é que a convivência familiar e a vida em comunidade devem merecer a prioridade nas políticas públicas. As relações de afeto que levam grupos de pessoas a conviver e compartilhar alegrias e tristezas devem merecer todo o apoio e proteção.⁷⁷³ Isso é solidariedade, afirma Di Lorenzo⁷⁷⁴. É o bem de todos e de cada um. Implica responsabilidade de todos por todos, um reconhecimento da dignidade do outro: a verdadeira solidariedade, fundada na dignidade da pessoa, leva ao reconhecimento do outro, ao respeito aos valores autênticos, à cultura, à autonomia e à determinação de cada um, superando uma visão individualista do bem. Solidariedade é, pois, “aquela ação concreta em favor do bem do outro”.

A solidariedade é o empenho na realização da felicidade do outro; é o socorro às suas necessidades fundamentais; e, por fim, conclui o autor, solidariedade é o “aglutinante da vida social que une as pessoas e o grupo em torno do bem comum partindo das relações baseadas no reconhecimento, tendo como resultado a igualdade.”⁷⁷⁵ Apenas um desenvolvimento solidário da humanidade proporciona o

⁷⁷¹ OLIVEIRA, *Redução da idade penal: um velho sonho para os jovens sonhadores*, 2002, p. 214.

⁷⁷² YOUNG, *A sociedade excludente*, 2002, p. 50.

⁷⁷³ PEREIRA, *O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares*, 2003, p. 217.

⁷⁷⁴ DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do Estado de solidariedade – da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 18, 131-132.

⁷⁷⁵ DI LORENZO, *Teoria do Estado de solidariedade*, 2010, p. 18, 131-132.

desenvolvimento integral da pessoa, de todas as pessoas e de cada uma delas em particular.

O comprometimento do Estado, de cunho constitucional e infraconstitucional é muito claro: as famílias, as crianças e os jovens têm garantidos, de forma prioritária, o direito a viver com dignidade. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Então, há que se repensar em tantas e tantas famílias que estão sendo desmanteladas, diuturnamente, para que a “saúde pública” esteja, supostamente, protegida. Amor, afeto, solidariedade das relações familiares importa, e muito.

3.7 PROPOSTAS PARA MINIMIZAR OS REFLEXOS SOCIAIS E FAMILIARES DECORRENTES DO APRISIONAMENTO FEMININO

Se a família é a base da sociedade; se a família tem a especial proteção do Estado; se ao Estado cumpre assegurar a assistência a cada membro que a integra; se o Estado tem que assegurar a convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente e protegê-los contra as mais diversas formas de violência, opressão, crueldade, discriminação, negligência, o que se tem a dizer sobre a situação do número, cada dia mais elevado, de famílias que se rompem, fragmentam-se, decompõem-se diante das prisões de tantas mulheres/mães? Se o cárcere da mãe é inevitável, será que não existem mecanismos que possam minimizar a dor e evitar alguns dos danos irreversíveis a tantas crianças, adolescentes e jovens, filhos dessas mulheres?

É evidente, no dizer de Santos⁷⁷⁶, que o sistema judicial não pode resolver todos os problemas causados pelas múltiplas injustiças, mas tem que assumir a sua “quota-parte” de responsabilidade. E, para tanto, tem que perder o isolamento, tem que se articular com outras organizações e instituições da sociedade que o possam auxiliar a assumir a sua parcela de responsabilidade. É o que se propõe aqui.

Às crianças e aos adolescentes é garantida proteção integral, como demonstrado em momentos anteriores. Entretanto, a efetivação desses direitos não pode ser construída apenas por práticas institucionais, sendo necessário o comprometimento efetivo com a disseminação de uma política de promoção de direitos. Isso implica, essencialmente, com o reconhecimento do direito ao respeito como

⁷⁷⁶ SANTOS, *Para uma revolução democrática da justiça*, 2007, p. 34.

pessoa humana, portadora de direitos e em condições peculiar de desenvolvimento. Implica a produção de processos de mobilização comunitária, com vistas a sensibilizar famílias, crianças e adolescentes de seu indispensável papel neste movimento de transformação democrática.⁷⁷⁷

Relevante, neste momento, a retomada da visão de Baratta, cujas ideias nortearam o desenvolvimento deste estudo em inúmeros momentos, sobre a relação entre o preso e a sociedade. Baratta⁷⁷⁸ afirma que esta relação é, antes de tudo, uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso) e toda a técnica pedagógica de reinserção choca-se com essa relação: não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir.

Além disso, o cárcere reflete, nas características negativas, a sociedade, significando dizer que não são mais que a ampliação, em forma menos mistificada e mais “pura” das características típicas da sociedade capitalista, ou seja: “são relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos socialmente mais débeis são constrangidos a papéis de submissão e de exploração”.⁷⁷⁹ Assim, antes de falar em educação e reinserção, necessário se faz um exame do sistema de valores e dos padrões de comportamentos presentes na sociedade na qual se pretende reinserir o condenado.

Esse exame do sistema de valores e padrões comportamentais sociais de que fala Baratta conduzirá à conclusão de que “[...] a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão.”⁷⁸⁰

De outra banda, permanecerá a concepção de que a verdadeira função dessa modificação seja a de aperfeiçoar e tornar pacífica a exclusão, integrando, mais do que os excluídos na sociedade, “a própria relação de exclusão na ideologia legitimamente do estado social”. Por fim, a vontade de perpetuar, com a assistência, aquele estigma que a pena tornou indelével no indivíduo, é aquele cuidado que a sociedade punitiva dispensa ao condenado depois do término da prisão, seguindo sua existência através de infinitos modos visíveis e invisíveis e que se

⁷⁷⁷ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças esquecidas - o trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multidéia, 2009, p. 166-167.

⁷⁷⁸ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 186.

⁷⁷⁹ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 186.

⁷⁸⁰ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 186.

torna um instrumento de controle e de observação de toda a sociedade.⁷⁸¹

O sistema penal, através dos aparelhos policial, judicial e prisional, pretende afirmar-se como um sistema garantidor de uma ordem social justa, ou seja, é apresentado como *igualitário*, atingindo igualmente as pessoas em decorrência de suas condutas. Entretanto, seu desempenho real contradiz essa aparência, pois na verdade seu funcionamento é seletivo e atinge determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas e as exceções, afirma Batista⁷⁸², além de confirmarem a regra, são usadas para reafirmar esse caráter igualitário.

Mais do que isso: o sistema penal é, ainda, apresentado como justo, na medida em que teria como objetivo prevenir o delito, com intervenções nos limites da “necessidade”. Entretanto, seu desempenho é apenas repressivo, seja em decorrência da frustração de seus ideais preventivos, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. E, por fim, diz Batista⁷⁸³, o sistema apresenta-se comprometido com a proteção da dignidade humana, quando na verdade é estigmatizante e promove uma degradação na figura social de sua clientela.

O controle de inúmeras necessidades humanas pela organização burocrática do sistema prisional é um fator preponderante das instituições totais e disso decorrem inúmeras consequências, como já foi referido em momentos anteriores. Além das consequências já apontadas e que afetam a vida do encarcerado, Goffman⁷⁸⁴ destaca ainda que, ao ingressar no estabelecimento, a pessoa tem uma concepção de si mesma, decorrente de disposições sociais do seu mundo doméstico. Ao ingressar na instituição é imediatamente despida do apoio dado por tais disposições e inicia uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do seu “eu” e que é (embora muitas vezes não intencional) mortificado. As mudanças passam a ocorrer nas crenças que tem a seu respeito e a respeito dos outros e que são significativas em sua vida.

Para a mulher, a privação de liberdade, de acordo com Oliveira⁷⁸⁵, torna-se um peso duplo: além do afastamento de outros familiares, impõe-se o afastamento de seus filhos. Essa é a privação, via

⁷⁸¹ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 2002, p. 187.

⁷⁸² BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 25-26.

⁷⁸³ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 26.

⁷⁸⁴ GOFFMAN, *Manicômios, prisões e conventos*, 1999, p. 24.

⁷⁸⁵ OLIVEIRA, *A mulher e o fenômeno da criminalidade*, 2002, p. 164.

de regra, mais difícil de ser suportada. E o destino desses filhos é uma questão dramática. Na maioria das vezes, são “distribuídos” à guarda de avós, tios, padrinhos e vizinhos ou, então, são encaminhados às instituições públicas. Para alguns familiares, a desonra de ter um membro preso é motivo de muito constrangimento e, algumas vezes, preferem fazer as crianças acreditarem que a mãe está morta. Outras, abandonam totalmente a encarcerada, interrompendo as visitas, não arcando, inclusive, com custas de advogado.

A realização de “mesas de estudos e debates”⁷⁸⁶ sobre “o vínculo familiar e o sistema prisional” produziu reflexões de extrema relevância, tais como: o Estatuto da Criança e do Adolescente orienta a privilegiar o convívio com a família, porém não há um espaço digno de convivência, dentro do cárcere e, além disso, as revistas vexatórias nos visitantes, inclusive em crianças, faz com que muitas pessoas não visitem mais seus parentes presos, levando o encarcerado a uma dupla punição. Ao invés de revistas vexatórias às crianças, sugere-se que as mães sejam revistadas ao retornar para a cela. Destacou-se a necessidade de um treinamento especial para policiais que efetuam prisões de mulheres na presença dos filhos, pois muitas crianças ficam sozinhas, abandonadas e traumatizadas, por presenciarem tal violência. Sugere-se que as mulheres gestantes e lactantes sejam mantidas em regime fechado apenas em circunstâncias excepcionais e que sejam fornecidas maiores informações no processo sobre a situação familiar, se possui filhos menores, dependentes ou não.

A palavra “polícia” tem a mesma etimologia que a palavra “política” e está relacionada com o governo da “cidade”. E é nesse sentido que o objetivo da ação policial, como da ação política, é pacificar a vida social, ou seja, construir uma sociedade liberta do domínio da violência.⁷⁸⁷ Os policiais devem ser agentes da “paz” entre os indivíduos e os grupos. Sua função é prevenir e, se for o caso, resolver os conflitos, recorrendo a métodos não-violentos de interposição, mediação e conciliação.

Como se pode conferir em vários momentos deste trabalho, as pesquisas criminológicas apontam que a reação contra o delito empreendida pelas agências de controle oficial de punitividade, especialmente os aparatos policiais, com o excesso de prisões cautelares

⁷⁸⁶ NACIF, Eleonora Rangel. *O vínculo familiar e o sistema prisional* – conclusões sobre a mesa de estudos e debates. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 205, p. 15-16, Dez.2009. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 03 de ago. 2011.

⁷⁸⁷ MULLER, *O princípio de não-violência* – percurso filosófico, 1995, p. 129.

e dentre elas destaca-se a prisão em flagrante, tem como forte característica a seletividade e a desigualdade.

Essa violência institucional, em muitos casos, é geradora de danos superiores àqueles resultantes do próprio delito, do próprio “bem jurídico” que se está pretensamente a proteger e é destacado neste estudo, a saúde pública, que é o bem jurídico protegido pela lei de drogas, em detrimento, da privação de crianças e adolescentes da convivência familiar, do afeto, do amor, da cumplicidade que envolve a relação de mãe e filho e que dificilmente poderá retomar-se, como demonstrado nos tópicos anteriores.

Pode-se, então, enfatizar novamente o pensamento de Goffman⁷⁸⁸ de que a barreira que as instituições totais colocam entre o internado e o mundo exterior assinala a primeira mutilação do seu “eu”. É o despojamento. As proibições de visitas vindas de fora e das saídas do estabelecimento asseguram uma ruptura inicial profunda com os papéis anteriores e uma avaliação da perda de papel. Esse processo de despojamento cria um meio de fracasso pessoal.

Se o despojamento e o fracasso pessoal, como afirma Goffman, são consequências praticamente unânimes e inerentes ao processo institucional ao qual é submetida a pessoa aprisionada, pode-se, então, imaginar o quão difícil torna-se a perda dos laços afetivos familiares, especialmente em relação aos filhos. Embora alguns papéis possam ser restabelecidos quando a mulher retornar, algumas perdas são irre recuperáveis e dolorosamente aflitivas e não é por menos que dentre elas pode-se situar, com absoluta relevância, a negação do convívio da mãe presa e seus filhos. Nas precisas palavras de Goffman⁷⁸⁹, pode não ser possível “recuperar, em face posterior do ciclo vital, o tempo não empregado no progresso educacional ou profissional, no namoro, na criação dos filhos.”

No mesmo sentido, afirma Oliveira⁷⁹⁰, a privação da liberdade é o pior dos sofrimentos que se pode impor ao ser humano e o rompimento compulsório com a família, especialmente com os filhos, é um dos mais difíceis de suportar.

Häberle⁷⁹¹ ilustra que a literatura jurídica tem visto com bons olhos, a permanência das crianças, em local próprio, mas no interior da

⁷⁸⁸ GOFFMAN, *Manicômios, prisões e conventos*, 1999, p. 24.

⁷⁸⁹ GOFFMAN, *Manicômios, prisões e convento*, 1999, p. 25.

⁷⁹⁰ OLIVEIRA, *Prisão: um paradoxo social*, 1996, p. 77.

⁷⁹¹ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Melo Aleixo. In: *Dimensões da Dignidade – Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 98-99.

instituição encarregada de promover a execução penal. Apesar do “aprisionamento da criança”, justifica-se que a vinculação da criança com a mãe é considerada muito mais importante para o seu desenvolvimento que a possibilidade de efeitos negativos oriundos da prisão. Ressalta, ainda, que em determinadas situações as flexibilizações da execução impostas às mães devem orientar-se à dispensa da pena de prisão da mãe no interesse da criança ou na suspensão temporária da execução da pena para a mãe, ao invés do convívio com as crianças em estabelecimentos prisionais.

Possibilitou-se, em momento anterior, relembrar que a Constituição Federal adotou, formalmente, o princípio da responsabilidade pessoal ou intranscendência da pena. Entretanto, informalmente, a pena chega até as pessoas que lhe são mais próximas e isso vem a demonstrar a necessidade de que sua aplicação deve apenas atingir os casos mais graves, realmente intoleráveis socialmente, evitando o seu efeito devastador.⁷⁹²

Para que se tenha uma verdadeira revolução democrática de justiça, há necessidade da criação de outra cultura jurídica, de assistência e de patrocínio judiciário, em que as defensorias públicas tenham um papel muito relevante.⁷⁹³ Embora o acesso à justiça tenha sido aceito como um direito social básico nas sociedades modernas, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago.⁷⁹⁴ O legislador constituinte de 1988 deu um passo à frente à democracia, através da garantia de acesso à justiça aos necessitados, proporcionando assistência jurídica integral e gratuita, a qual deve ser prestada por meio das defensorias públicas.⁷⁹⁵

E o juiz? Por certo, afirma Marrafon⁷⁹⁶, o agir na *práxis* decisória pressupõe um juiz humilde, que tenha consciência da existência de seu inconsciente, das “peças que ele pode pregar” sem ser percebido e que tenha consciência de que seus pré-conceitos nem sempre são autênticos. A relação ética de alteridade deve, portanto, promover o compromisso do magistrado de ouvir todos os envolvidos, sem pré-conceitos e sem totalizá-los de antemão.

⁷⁹² GRECO, *Direito penal do equilíbrio* – uma visão minimalista do direito penal, 2010, p. 29.

⁷⁹³ SANTOS, *Para uma revolução democrática da justiça*, 2007, p. 46.

⁷⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 15.

⁷⁹⁵ CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. Chapecó: Argos, 2003, p. 89.

⁷⁹⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. MARRAFON, Marco Aurélio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 204.

O compromisso articulado entre família, sociedade e Estado se faz necessário quando o assunto é criança e adolescente. O Conselho Tutelar⁷⁹⁷ foi um dos órgãos que veio com a incumbência de zelar pela garantia desses direitos e com o poder de agir diante de suas violações. Entretanto, uma visão distorcida em relação a esse órgão ocorre em inúmeras situações envolvendo as crianças. Ou seja, ao invés de proteção, por vezes, as crianças e os jovens são amedrontados, mostrando que o Conselho Tutelar atua apenas “punitivamente” e que poderá conduzi-los a uma Instituição Estatal (como, por exemplo, aos abrigos).

A Polícia Judiciária, o Ministério Público, o Poder Judiciário⁷⁹⁸ têm atribuições específicas quando envolve o interesse da criança e do adolescente. Aspecto muito interessante é a previsão do Estatuto em relação aos serviços auxiliares, prevendo a existência de um grupo interprofissional, destinado a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude⁷⁹⁹. A equipe interprofissional poderá ser composta por assistentes sociais, pedagogos, sociólogos, antropólogos, psicólogos, médicos, dentre outros.

De acordo com Veronese e Silveira⁸⁰⁰, mais do que simples assessoria, a equipe garantirá um trabalho especializado, fornecendo elementos de extrema relevância em questões permeadas de complexidade, sobretudo na questão de pessoas em processo de desenvolvimento, possibilitando ao magistrado uma maior proximidade com a realidade socioeconômica dos envolvidos, ensejando a prestação jurisdicional mais adequada, tendo em vista as peculiaridades de cada caso.

Nesse contexto, é de extrema importância a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a competência⁸⁰¹ dessa equipe

⁷⁹⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 131. O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nessa lei.

⁷⁹⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 145. Os Estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infraestrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões.

⁷⁹⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

⁸⁰⁰ VERONESE; SILVEIRA, *Estatuto da Criança e do adolescente comentado*, 2011, p. 334-335.

⁸⁰¹ Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 151. Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhes forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

interprofissional. Dentre tais competências está a de “[...] desenvolver trabalhos de aconselhamentos, orientação, encaminhamento, prevenção e outros [...]”. Observa-se, assim, que a atribuição dessa equipe não está necessariamente vinculada a procedimentos judiciais instaurados, ou seja, é possível a sua atuação em momento anterior a qualquer procedimento judicial previamente formalizado.

Pois bem, diante das situações de filhos de mães presas, não seria, então, possível o acionamento dessa equipe (ou de algum profissional que dela faça parte) no momento da prisão da mãe? Especialmente nos casos de prisões em flagrante, não seria possível que a autoridade policial responsável pela prisão comunicasse, de imediato, ao juiz (já que a prisão deve ser imediatamente comunicada ao juiz, nos termos constitucionais⁸⁰²) sobre a existência de filhos, especialmente menores, e aos cuidados de quem estão essas crianças, até que a situação da prisão se esclareça? Diante de tal informação, a equipe interprofissional (um ou alguns de seus membros) poderia, de imediato, inteirar-se da situação, conversar com a mãe presa e, se for o caso, proceder visitas às crianças, fazer encaminhamentos, enfim, antecipar-se, envolver-se para, quem sabe, minimizar as dores dessa separação.

A tarefa deve, então, consistir, com auxílio de pesquisa empírica e interdisciplinar, “[...] não apenas em diagnosticar a necessidade de reformas, mas também cuidadosamente monitorar sua implementação.”⁸⁰³ Por isto tudo, diz Batista⁸⁰⁴, o jurista não pode se fechar no estudo de um mundo normativo (sem dúvida, necessário, importante e específico), ignorando a contradição existente entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições encarregadas de sua execução.

Assim, seria proveitoso o estabelecimento de laços entre militantes e pesquisadores das frentes penal e social, entre membros dos setores assistencial, educativo, de saúde e os serviços policial, judiciário e penitenciário, pois “[...] o meio mais eficaz de fazer a prisão recuar, três séculos e meio depois do seu surgimento, continua sendo e será sempre fazer avançar os direitos sociais e econômicos”⁸⁰⁵.

Vida e história põem o novo, a diferença radical, criam fenômenos singulares e são fontes de particularidade irredutível. A ação

⁸⁰² Constituição Brasileira de 1988. Art.5º, LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso e à pessoa por ele indicada.

⁸⁰³ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 2002, p. 162.

⁸⁰⁴ BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2007, p. 26.

⁸⁰⁵ WACQUANT, *Punir os pobres*, 2007, p. 470.

humana, diz Soares, apresenta-se potencialmente capaz de um excedente, de mais-valia em relação ao estabelecido, ao já dado, ao codificado nas instituições, na cultura, nas linguagens, nos padrões. O ser humano é capaz, pois, de mudanças e de negações. Pode mais que executar regras e aplicar códigos: “O ser humano nega, muda, inventa, além de repor, repetir, obedecer, acompanhar, mimetizar.”⁸⁰⁶

E para concluir, o apelo de Warat reflete a necessidade de olhar e escutar o que está muito próximo, mas que se resiste em evidenciar: a *rua grita*, alerta Warat⁸⁰⁷, e não é escutada “pelos juízes, advogados, teóricos do Direito, professores, médicos, políticos, etc., instituições onde o clamor da rua não chega bloqueada pela razão técnico-instrumental”. Há que se reaprender a escutar a rua enquanto criadora do novo: “o Direito se encontra na rua, no grito da rua, e alguém deve aprender a escutá-lo.”⁸⁰⁸

A proposta de Warat é, no mínimo, tentadora. Talvez falte olhar para a rua..., para o sol da rua..., para as suas redondezas e perceber um pouco além da sombra cômoda que não deixa ir além do racionalismo normativo.

Olhar para a rua, ver além das próprias sombras e compreender as inúmeras questões sociais demanda reflexões e ações. Ignorar a questão que envolve o contexto familiar decorrente do cárcere, deixando que o tempo se encarregue naturalmente de mais essa realidade que vivenciam tantas famílias, resultará em consequências danosas previsíveis. Apenas um desenvolvimento solidário da humanidade proporcionará o desenvolvimento integral da pessoa, de todas as pessoas e de cada uma em particular.

Como dito em vários momentos desta pesquisa, o sistema judicial não pode resolver todos os problemas causados pelas múltiplas injustiças, mas tem que assumir a sua parcela de responsabilidade. Para tanto, tem que perder o isolamento, tem que se articular com outras instituições da sociedade e que possam auxiliá-lo a assumir essa tarefa.

Isto implica na responsabilidade de todos e no reconhecimento da dignidade de cada membro dessa grande comunidade humana. A verdadeira solidariedade, fundada na dignidade da pessoa, conduz ao

⁸⁰⁶ SOARES, Luiz Eduardo. Hermenêutica e Ciências Humana. In: *A qualidade do tempo para além das aparências históricas*. GAUER, Ruth M. Chittó (organizadora). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 45.

⁸⁰⁷ WARAT, *A rua grita Dionísio!* Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia, 2010, p. 53.

⁸⁰⁸ WARAT, *A rua grita Dionísio!* Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografias, 2010, p. 53.

reconhecimento do outro, ao respeito é à autonomia de cada um, voltada à ação efetiva em favor do bem comum. Portanto, a solidariedade é o empenho na realização da felicidade do outro e o socorro às suas necessidades fundamentais, tendo como resultado a igualdade e a fraternidade

O comprometimento do Estado, de cunho constitucional e infraconstitucional, é muito claro: as famílias, as crianças e os jovens têm garantidos, de forma prioritária, o direito a viver com dignidade. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Então, há que se repensar em tantas e tantas famílias que estão sendo desmanteladas, diuturnamente, para que a “saúde pública” esteja, supostamente, protegida.

É preciso olhar, antes de tudo, para a necessidade da criação de novas formas de vida em comunidade, com empregos, educação, saúde, moradia digna e com investimento material e ontológico das famílias. Quiçá, tantas pessoas teriam outras escolhas. Quiçá, tantas mulheres poderiam compartilhar da experiência ímpar que é viver/conviver com seus filhos. Mas enquanto isso não ocorrer, por que não se pode tentar aliviar essas dores? É um desafio, mas não parece ser tão difícil. Tentar é sempre possível. Realizar, talvez. Acreditar, sempre!

CONCLUSÕES

Este estudo possibilitou delinear algumas conclusões sobre o tema central que o originou, voltado às mulheres aprisionadas e às mazelas que envolvem o cárcere, especialmente em relação à violação de seus direitos fundamentais e às consequências da prisão na vida familiar e que afeta, direta e nefastamente, a vida dos filhos, bem como de outras questões inter-relacionadas que surgiram no decorrer da pesquisa.

Foi necessário interligar a prisão feminina à questão social, configurada pela precariedade de condições mínimas de uma vida digna da grande maioria das mulheres atingidas pelo sistema penal. Não se trata de negar a realidade criminal, mas de compreender de forma diversa a sua gênese, suas mutações, suas ramificações no contexto das relações sociais. Deve-se isso à importância do entrelaçamento das frentes penal e social, nos seus mais diversos setores, mobilizados em torno da questão que envolve a mulher, o cárcere e a família. Existe um formidável campo de saberes teóricos e práticos a ser explorado e compartilhado e nisso consistiu o desafio deste trabalho.

A visão de inúmeros pensadores, com as mais diversas concepções, tornou-se fundamental para compreender a trajetória dos direitos do homem, da democracia e da paz como momentos necessários do mesmo movimento histórico, conduzindo à reflexão e à compreensão de que sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia e, sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

Assim, para atingir os objetivos propostos, os diversos temas foram delineados em três momentos distintos, separados em capítulos, mas com a preocupação de aliá-los entre si para possibilitar a compreensão do tema principal. Prioritariamente, os obstáculos devem ser colocados aos discursos de ampliação da rede penal, direcionando o olhar ao âmbito social, de saúde, emprego, moradia, educacional e familiar, para que cada um deles possa auxiliar, em seu espaço próprio e em conjunto, a resolver a complexidade das relações humanas.

Com o primeiro capítulo, possibilitou-se compreender que a trajetória do processo democrático nunca se caracterizou por um desenvolvimento uniforme e isso fica evidenciado nas muitas promessas que não foram cumpridas, como prometidas pelos idealizadores democráticos. A declaração constitucional dos direitos dos cidadãos equivale à declaração constitucional dos deveres do Estado. E neste contexto, viu-se que o garantismo jurídico consiste na tutela de todos os

direitos fundamentais, das liberdades e dos direitos sociais, formando a base da democracia material, consistindo-se em todos os direitos subjetivos que devem alcançar todos os seres humanos.

Possibilitou-se estudar, ainda, que a elaboração teórica do conceito de pessoa, como sujeito de direitos universais, surge com a filosofia kantiana. É nela que a concepção de dignidade da pessoa humana encontra seu fundamento, especialmente em relação à ação humana e aos problemas morais nela imbricados. Nessa concepção, o homem é um ser ativo e capaz de sentir-se responsável pelas suas próprias condutas, com consciência de seus deveres e capaz de dirigir seu destino. Entretanto, o conceito está em permanente processo de construção e desenvolvimento e necessita de constante concretização e delimitação pela *praxis* constitucional. A dignidade é, então, uma qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano, devendo ser reconhecida, promovida e protegida, especialmente no que diz respeito à tutela das minorias marginalizadas, em relação às majorias integradas.

O estudo sobre o garantismo mostrou que quando se fala em garantismo ou em garantias é sobre a defesa e a efetividade de direitos e liberdades que se está a tratar. A teoria geral do garantismo tem seu alicerce no respeito à dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Significa dizer que se deve atingir a democracia material e não apenas a mera democracia formal. Os direitos fundamentais, além de respeitados, devem ser efetivados e garantidos a todos os indivíduos. Trata-se dos vínculos negativos, gerados pelos direitos de liberdade e dos vínculos positivos, gerados pelos direitos sociais. Nisso consiste um direito constitucional crítico, principiológico e emancipatório. Um direito constitucional do homem, do cidadão, da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que possam minimizar as restrições das liberdades e maximizar as expectativas sociais, removendo desigualdades e opressões, alcançando todos os seres humanos, indistintamente.

Estudar o contexto carcerário, no segundo capítulo, possibilitou concluir que o cárcere segue sendo um instrumento de controle e de repressão social reservado aos sujeitos marginalizados e selecionados. A ordem social desigual é, portanto, assegurada pela seletividade do sistema de justiça criminal, tanto nos níveis de definição legal, quanto nos níveis de aplicação judicial e de execução penal. Contrariamente ao que é divulgado pela enganosa publicidade, o sistema penal não se destina a fornecer proteção, segurança, justiça, mas atua como

manifestação de poder, servindo como instrumento de dominação. A dogmática penal, a criminologia e a política criminal, considerados como pilares do sistema das ciências criminais, inseparáveis e interdependentes, cada qual da sua forma, têm como objetivo maior e comum a resposta a ser dada ao delito, em um Estado Democrático de Direito, com respeito às garantias que lhes são inerentes.

O sistema penal, especialmente através dos aparelhos policial, judicial e prisional, tem a pretensão de afirmar-se como um sistema garantidor de uma ordem social justa. Entretanto, seu desempenho real contradiz essa aparência, pois na verdade seu funcionamento é seletivo e estigmatizante, atingindo determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais.

A resposta às indagações sobre o aumento de prisões de mulheres e sua vinculação com alguma conduta específica, bem como qual é o perfil social dessas mulheres, ficou comprovada no decorrer do estudo: as prisões ocorrem pelo suposto envolvimento com o tráfico de drogas; são mulheres jovens, provenientes de classes sociais menos favorecidas, de baixo grau de escolaridade; na sua imensa maioria são mães, provedoras da família e com a grande angústia inerente à separação dos filhos, imposta pela prisão.

No terceiro capítulo, algumas respostas aos questionamentos levantados inicialmente e no decorrer do estudo tornaram-se possíveis: primeiramente, pode-se concluir que em relação ao encarceramento feminino há uma história de omissão dos poderes públicos, manifestada pela ausência completa de quaisquer políticas que levem em conta a mulher encarcerada como sujeito de direitos inerentes à sua condição de pessoa humana. Esses direitos vão desde a desatenção das condições mínimas de dignidade para o cumprimento da pena, até a inércia absoluta do Estado em possibilitar a preservação dos vínculos e relações familiares.

Outra resposta encontrada é de que, enquanto os direitos humanos apontam para um programa realizador da igualdade de direitos, os sistemas penais são instrumentos de consagração da desigualdade desses direitos. As campanhas alarmistas que agravam os problemas, prejudicando toda e qualquer proposta racional, buscam demagogicamente o aplauso da opinião pública através de leis, como o caso da Lei de drogas, que têm aprisionado mais e mais e resolvido menos e menos as mazelas sociais dessa parcela de homens e mulheres selecionados pelo sistema.

Já é passada a hora de o proibicionismo voltado às drogas tornadas ilícitas merecer atenção da sociedade, criando coragem de

rediscutir a questão seriamente, admitindo outras possibilidades que se distanciem dessa “guerra”, que expande o poder punitivo e exacerba os danos já inerentes aos selecionados como inimigos da sociedade. O debate sério é um caminho inevitável a ser alcançado. É necessário avançar.

A conclusão, também, é no sentido de que a Constituição Federal de 1988 dedicou integralmente um capítulo à família, considerando-a base da sociedade e com especial proteção do Estado. A este cumpre assegurar a assistência à família, a cada membro que a compõe, enfatizando a absoluta prioridade sobre o dever que tem o Estado, a sociedade e a família de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária e colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. A convivência familiar da criança e do adolescente é direito humano fundamental, calcado na dignidade da pessoa humana, corroborado pelo princípio constitucional da prioridade absoluta, não podendo ser eliminado ou limitado, cabendo ao Estado, à sociedade e à própria família fazer com que seja efetivado.

Em que pese pareça paradoxal, o Estado, de um lado, tem a preocupação com a tutela da saúde pública, uma vez que busca protegê-la, evitando o uso de substâncias consideradas nocivas à saúde e elencadas no rol das proibidas, combatendo o seu uso e aprisionando grande parcela da população. De outro lado, este mesmo Estado, constitucionalmente, formaliza que existe a preocupação prioritária com a família, com a criança e com o adolescente, demonstrando a importância da convivência, do amor, do afeto e da solidariedade nas relações familiares. E as prisões decorrentes da Lei de drogas seguem aprisionando, a cada dia, um número maior de mulheres/mães, desfazendo lares, deixando crianças e adolescentes entregues à própria sorte. O que se estaria, então, a proteger?

E o resultado segue sendo desolador, uma vez que a visão do direito penal como único instrumento eficaz da pedagogia político-criminal, como mecanismo de socialização supõe uma expansão absurda da outrora *ultima ratio*. Essa expansão é inútil, uma vez que transfere ao direito penal uma carga exacerbada e que ele não pode carregar. A privação da liberdade é o pior dos sofrimentos que se pode impor ao ser humano e o rompimento compulsório com a família, especialmente com os filhos, com o recinto e a privacidade do lar é um dos mais difíceis de suportar, como se pode comprovar.

Essa violência institucional, em muitos casos, é geradora de danos superiores àqueles resultantes do próprio delito, do próprio bem

jurídico que se está pretensamente a proteger e é destacado neste estudo: a saúde pública, que é o bem jurídico protegido pela Lei de drogas, em detrimento da privação de crianças e adolescentes da convivência familiar, do afeto, do amor, da cumplicidade que envolve a relação de mães e filhos e que dificilmente poderá retomar-se.

Por fim, se a família é a base da sociedade; se a família tem a especial proteção do Estado; se ao Estado cumpre assegurar a assistência a cada membro que a integra; se o Estado tem que assegurar a convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente e protegê-los contra as mais diversas formas de violência, opressão, crueldade, discriminação, negligência, o que se tem a dizer sobre a situação do número, cada dia mais elevado, de famílias que se rompem, fragmentam-se, decompõem-se diante das prisões de tantas mulheres/mães?

Em boa hora, o legislador demonstra a preocupação com essa realidade social. Alteração recente na lei processual penal introduz a possibilidade de que o magistrado possa substituir a prisão preventiva pela domiciliar, no caso de gestante, a partir do sétimo mês de gravidez, ou quando for imprescindível aos cuidados de crianças menores de seis anos ou com deficiência. A coerência e a sensibilidade dos juízes, nessas situações, são chamadas a atuar. É o que se espera.

A resposta pretendida e alcançada com este estudo é de que o compromisso articulado entre família, sociedade e Estado se faz necessário quando o assunto é criança e adolescente. O Conselho Tutelar foi um dos órgãos que veio com a incumbência de zelar pela garantia desses direitos e com o poder de agir diante de suas violações. Mas, além disto, existe a previsão expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente de um grupo interprofissional, destinado a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude. A equipe interprofissional poderá ser composta por assistentes sociais, pedagogos, sociólogos, antropólogos, psicólogos, médicos, entre outros. Dentre as competências desses profissionais está a de desenvolver trabalhos de aconselhamentos, orientação, encaminhamento, prevenção e outros. Observa-se, assim, que a atribuição dessa equipe não está necessariamente vinculada a procedimentos judiciais instaurados, ou seja, é possível a sua atuação em momento anterior a qualquer procedimento judicial previamente formalizado.

Pois bem, objetivando-se contribuir para minimizar as consequências do cárcere diante das situações de filhos de mães presas, sugere-se o acionamento dessa equipe (ou de algum profissional que dela faça parte) no momento da prisão da mãe. Especialmente nos casos

de prisões em flagrante, a autoridade policial responsável pela prisão faria um comunicado ao juiz sobre a prisão, a existência de filhos e aos cuidados de quem estão essas crianças, até que a situação da prisão se esclareça. Diante de tal informação, o profissional dessa equipe, de imediato, poderia inteirar-se da situação, conversar com a mãe presa e, se for o caso, realizar visitas às crianças, fazer encaminhamentos, enfim, antecipar-se, envolver-se para, quem sabe, minimizar as dores dessa separação.

A grande verdade e a conclusão a que se chega é que a convivência familiar e a vida em comunidade devem merecer a prioridade nas políticas públicas e programas governamentais. As relações de afeto que levam grupos de pessoas a conviver e compartilhar o cotidiano das alegrias e tristezas devem merecer todo o apoio e proteção, com a mesma rapidez com que a ação ocorre na realização das prisões de tantas mulheres vulneráveis que sofrem o peso do violento e tormentoso poder punitivo do Estado.

A prisão (pena) da mãe “transcende” e afeta a vida familiar com toda a sua carga, atingindo diretamente a vida dos filhos, de forma tão violenta que é necessário, urgentemente, dirigir o olhar, o pensar e o agir *sobre* ou, então, o futuro bem próximo trará a resposta de mais essa omissão. Amor, afeto, solidariedade das relações familiares importam, e muito.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer - O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte, UFMG, 2004.

AJETA, Vânia Siciliano. Democracia. In: *Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barretto (Coordenador). São Leopoldo: Unisinos, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa S.A, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica- do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Revista Sequência, Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, n.30, 2001.

_____. Dos discursos enunciados aos discursos silenciados: recuperando a dignidade da política criminal pelo e para o homem. In: (prefácio à 1ª edição). *A política criminal de drogas no Brasil – estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARGÜELLO, Katie. *Do Estado Social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*. In: A criminologia no século XXI. Walter Barbosa Bittar (Coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *O paradigma do gênero- Da questão criminal à questão humana*. In: Criminologia e feminismo. CAMPOS, Carmen Hein de (Organização). Porto Alegre: Sulina, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. Os sistemas penais brasileiros. In: *Verso e reverso do controle penal – (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. vol.1 ANDRADE, Vera Regina de.(Organizadora). Florianópolis: Boiteux, 2002.

_____. *Punidos e mal pagos – Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. Duas ou três coisas que sabemos (por causa) dele. In: *Verso e reverso do controle penal – (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. vol. 1 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Organizadora). Florianópolis, 2002.

BAUMAN Zygmunt. *Globalização – as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal – parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Falência da pena de prisão*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. *Nova lei de drogas – Comentários à Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Apresentação de Celso Lafer. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Edunb, 1992.

_____. *O futuro da Democracia*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta – temas políticos e constitucionais da atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. *Código Penal, Processo Penal, Constituição Federal e Legislação Complementar* (3 em 1), 7. ed. Colaboradores: Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Lei 11.343 de 23.08.2006 – *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad*. In: *Código Penal, Processo Penal, Constituição Federal e Legislação Complementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n.2008.067407-4, da Capital, Relator Dês. Moacyr de Moraes Lima Filho. In: ROSA, Alexandre Moraes da. *Levar droga para parente no estabelecimento penal é tráfico?* Jornal Carta Forense, São Paulo, março de 2011, p. A16.

_____. Resolução CNPCP nº 3, de 15 de julho de 2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. DOU, 16.07.2009.

BUGLIONE, Samantha. O dividir da execução penal: olhando mulheres, olhando diferenças. In: *Crítica à execução penal*. 2. ed. CARVALHO, Salo (Coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e legitimidade* – uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas-SP: Millennium, 2007.

CAMPOS, Carmen Hein de. A contribuição da Criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil. In: *Verso e reverso do controle penal – (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. vol. 2. ANDRADE, Vera Regina de. (Organizadora). Florianópolis: Boiteux, 2002.

_____. Criminologia e feminismo (introdução). In: *Criminologia e feminismo*. CAMPOS, Carmen Hein de (Organização). Porto Alegre: Sulina, 1999.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. Chapecó: Argos, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARBONEL, Miguel. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Deocracia y garantismo*. Tradução de Miguel Carbonell. Madri: Trota, 2008.

CARVALHO. Amilton Bueno de. *Garantismo Penal Aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: *Verso e reverso do controle penal – (des) aprisionando a*

sociedade da cultura punitiva. vol. II. ANDRADE, Vera Regina de. (Organizadora). Florianópolis: Boiteux, 2002

_____. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *A política criminal de drogas no Brasil - estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In: *Crítica à Execução penal*. 2. ed. CARVALHO, Salo (coordenador). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil – o longo caminho*. 14. ed. Rio De Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

CARVALHO, Thiago Fabres de. A criminologia da não violência: o imaginário punitivo de um abril despedaçado. In: *Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca da criminologia da não violência*. ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO. Carlos Alberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. 2. ed. Rio De Janeiro: Forense, 2010.

CHOUKR. Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CLÉVE, Clemerson Merlin. Apresentação (1ª edição) In: SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONVENÇÃO INTERAMERICA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER – CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ, de 09 de junho de 1994. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpenal/lex52.htm>>. Acesso em: 14 de ago. 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Prefácio) In: *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na prática jurisdicional*. MARRAFON, Marco Aurélio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA, João Paulo. A ética e o afeto. In: *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. GROENINGA Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenadores). Rio de Janeiro: Imago, 2003.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças esquecidas - o trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multidéia, 2009.

DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos – a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. 8ª reimpressão. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do Estado de solidariedade – da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DUCLERC, Elmir. *Prova penal e Garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Coordenação de Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

EDITORIAL IBCCRIM. *Mulheres presas e a banalização da barbárie*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, São Paulo: ano 15, nº 182, p.1-2, janeiro -2008.

_____. *Consagração da cultura punitiva*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCRIM, São Paulo: ano 18, nº 220, p.1, março de 2011.

ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FELDENS, Luciano. *A Constitucionalização penal – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madri: Trotta, 2008.

_____. *Derechos y Garantias – La ley Del más débil*. 5. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 2006.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edição de Antonio de Cabo e Geraldo Pisarello. Madri: Trotta, 2007.

_____. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Forense, 2002.

_____. *Direito e Razão - Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. MORESCO, José Juan; ATIENZA, Manuel. *La teoria del derecho em el paradigma constitucional*. Edição de Antonio de Cabo e Geraldo Pisarello. Madri: Trotta, 2008.

FONSECA, Tiago Abud da. *Complexo do Alemão: retrato da política bélica contra o tráfico de drogas e a violação aos direitos fundamentais dos pobres*. Boletim IBCCRIM. São Paulo: ano 18, nº 220, p.7, março de 2011.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 21. ed. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2005.

_____. *Vigiar e punir* – História da violência nas prisões. 28. ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRAGOSO, Heleno. *Direitos Humanos e justiça criminal*. Boletim IBCRIM, São Paulo, ano 13, nº 150, p.1-2, maio -2005.

FLORES, Joaquin Herrera. *A (re) invenção dos Direitos Humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia e outros. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRUTOS, Juan Antonio Senent. *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde El horizonte de la praxis*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social*. Bogotá/Colômbia: Ediciones desde abajo, 2006.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar* – A escola do mundo ao avesso. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009.

_____. *Úselo y Tírelo* - El mundo del fin del milênio visto desde uma ecologia latinoamericana. Buenos Aires: Planeta Bolsillo, 1994.

GALUNG, Johan. *Direitos Humanos* – uma nova perspectiva. Tradução de Margarida Fernandes. São Paulo: Instituto Piaget, 1994.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 6. ed. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1999.

GOMES, Renata Raupp. Os “novos” direitos na perspectiva feminina: a constitucionalização dos direitos das mulheres. In: *Os “novos” direitos no Brasil*. WOLKMER. Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio* – uma visão minimalista do direito penal. 5. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In: *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. GROENINGA Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenadores). Rio de Janeiro: Imago, 2003.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Melo Aleixo. In: *Dimensões da Dignidade – Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JACINTO, Gabriela; MANGRICH, Cláudia; BARBOSA, Mario Davi. *Esse é meu serviço, eu sei que é proibido*: mulheres aprisionadas por tráfico de drogas. p.1-3. In: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/artigos>>. Acesso em: 03 de ago. 2011.

JORNAL COREIRO DO POVO. *Aumenta prisão de mulheres por tráfico*. Porto Alegre: edição de 19 de junho de 2011.

JORNAL DIÁRIO DO IGUAÇU. *História de vida – ser mãe na prisão*. Chapecó, 30 de abril e 1º de maio de 2011.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. *Recuperar o desejo de liberdade e conter o poder punitivo*. vol.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas*. vol. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. vol. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Revisitando a sociologia das drogas. In: *Verso e reverso do controle penal– (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. vol.1

ANDRADE, Vera Regina Pereira de (organizadora). Florianópolis, 2002.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. Tradução de Luís Marcos Sander. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEAL, Jackson da Silva; MOURA, Marcelo Oliveira de; CHIES, Luiz Antônio Bogo. *Dominação masculina e prisão: o contrato sexual e o encarceramento feminino*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.8. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 03 de ago.2011.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio - ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri-S/P: Manole, 2005.

LIRA, Wladimir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro. In: *Família e responsabilidade*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). Porto Alegre: Magister, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil - Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana – Princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais – conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: *Dimensões da dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MELLO, Karina Camargo de. *A mulher encarcerada que cumpre pena privativa de liberdade no Presídio Regional de Xanxerê/SC*. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó, 2009.

MELLO, Thaís Zanetti de. *O tráfico é feminino? É, sim senhora! A faceta inexplorada*. In: Boletim IBCRIM. São Paulo, ano 17, n.205, p. 14-15, dez, 2009. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 03 de ago. 2011.

_____. *(Des) velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre: em busca de alternativas viáveis*. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010.

MEZZAROBBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL: Sistema Integrado de Informação Penitenciária – InfoPen. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 28 de jul. 2011.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MULLER, Jean-Marie. *O princípio de não-violência – percurso filosófico*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

NACIF, Eleonora Rangel. *O vínculo familiar e o sistema prisional – conclusões sobre a mesa de estudos e debates*. In: Boletim IBCCRIM.

São Paulo: IBCRIM, ano 17, n.205, p.15-16, Dez.2009. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 03 de ago.2011.

NOGARE, Pedro Dalle. *Humanismos e anti-humanismos*: introdução à antropologia filosófica. Petrópolis: Vozes, 1994.

OLIVEIRA, Anderson Lodetti de. Redução da idade penal: um velho sonho para os jovens sonhadores. In: *Verso e reverso do controle penal – (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. vol. II. ANDRADE, Vera Regina de. (Organizadora). Florianópolis: Boiteux, 2002.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão*: um paradoxo social. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 1996.

_____. *Teorias Globais – elementos e estruturas*. vol. I. Ijuí: Unijuí, 2005.

_____. A mulher e o fenômeno da criminalidade. In: *Verso e reverso do controle penal- (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. vol.1 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Organizadora). Florianópolis, 2002.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia jurídica*: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. *Atividade Jurisdicional sob o enfoque garantista*. Curitiba: Juruá, 2002.

OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PASTANA, Débora Regina, *Cultura do medo – Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. GROENINGA Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenadores). Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. GROENINGA Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenadores). Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PINTO. Ângela Pires. *Mulheres e tráfico de drogas: a realidade da penitenciária feminina do DP*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.2
Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 03 de ago. 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1988.

_____. In: (Préface) FLORES, Joaquin Herrera. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Gracia e outros. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *A propósito do conceito definitorial de crime*. In: Boletim IBCCRIM- ano 19- nº 224- julho de 2011, São Paulo.

RELATÓRIO SOBRE MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL. Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional-CEJL; Associação Juízes Para a Democracia-AJD; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania-TCC; Pastoral Carcerária Nacional-TCC; Instituto de Defesa do Direito de Defesa-DDD; Centro Dandara de Promotoras Legais Popular; Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude-ASBRAD; Comissão Teotônio Vilela-CTV; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCRIM. Apoio: Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher-CLADEM; Programa para a América Latina da Internacional Women’s Health Coalition. Fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpenal/lex52.htm>. Acesso em: 14 de ago. 2011.

RESTREPO, Luis Carlos. *El derecho a la ternura*. Barcelona: Península, 1997.

ROCHA, Renata. O princípio pro homine e a Constituição Federal de 1988: uma questão de valor. In: *Princípios humanistas Constitucionais – Reflexões sobre o humanismo do século XXI*. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (Coordenadores). São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

ROSA, Alexandre Moraes da. *O que é garantismo jurídico?* Teoria Geral do Direito. Florianópolis: Habitus, 2003.

_____. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O papel do juiz garantista e a execução penal em tempos neoliberais: Eichmann e big brother. In: *Crítica à Execução penal*. 2. ed. CARVALHO, Salo (coordenador). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

_____. *Levar droga para parente no estabelecimento penal é tráfico?* Jornal Carta Forense, São Paulo, março de 2011.

_____. CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo Penal eficiente e Ética da Vingança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um Processo Penal Democrático – Crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SÁ, Alvino Augusto de. *Sonhando com o “fim do tráfico de entorpecentes”*. Boletim IBCCRIM. São Paulo: ano 18, nº 211, p. 4-5, junho de 2010.

SABADELL, Ana Lúcia; ELIAS, Paula. Breves reflexões sobre a política internacional de drogas: o papel das Nações Unidas. In: *Direito penal no terceiro milênio – estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. BITENCOURT, Cezar Roberto (Coordenador). Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2008.

SANTOS. Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática de Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. Revista Lua Nova. vol.39, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Criminologia e política criminal. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coordenador). *A criminologia do Século XXI*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. O adolescente infrator e os direitos humanos. In: *Verso e reverso do controle penal – (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. vol.I ANDRADE, Vera Regina de.(Organizadora). Florianópolis: Boiteux, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da Dignidade – Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. O papel da criminologia na ciência penal contemporânea. In: *A criminologia no século XXI*. Walter Barbosa Bittar (Coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Caos prisional do ES – entrevista exclusiva*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. p. 1-6. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/noticias>>. Acesso em: 16 de abr. 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Juremir Machado da. *Guy, o sonhador*. Jornal Correio do Povo. Porto Alegre, p.4, 16 de maio de 2010.

SOARES, Luiz Eduardo. Hermenêutica e Ciências Humana. In: *Qualidade do tempo para além das aparências históricas*. GAUER, Ruth M. Chittó (Organizadora). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA. Andréa Santos. A proteção Constitucional das Instituições. Considerações à luz da ética em Paul Ricoeur. In: *Princípios humanistas Constitucionais – Reflexões sobre o humanismo do século XXI*. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (Coordenadores). São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

STARCK, Chistian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Criminologia e feminismo. In: *Criminologia e feminismo*. CAMPOS, Carmen Hein de (Organização). Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Constitucionalização do Direito*- A Constituição como locus da hermenêutica jurídica. André Andrade (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAVARES, Juarez. Reflexões sobre a relação “violência e criminalidade”. In: *Direito penal no terceiro milênio – estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. BITENCOURT, Cezar Roberto (Coordenador). Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Justiça social e os direitos constitucionais da criança e do adolescente. In: *Princípios humanistas Constitucionais – Reflexões sobre o humanismo do século XXI*. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (Coordenadores). São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

_____. OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. *Educação versus punição – a educação e o direito no universo da criança e do adolescente*. Blumenau: Nova Letra, 2008.

_____. SILVEIRA, Mayara. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Conceito, 2011.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania – a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Tradução e organização de Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WOLFF, Maria Palma. *Antologia de vidas e história na prisão: emergência e injunção de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma nova teoria geral dos “novos direitos”. In: *Os “novos” direitos no Brasil*.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo Morais de. Resistência, prática de transformação social e limitação do poder punitivo a partir do sistema de garantias: pela (re) afirmação do garantismo penal contemporâneo. In: *Direito penal no terceiro milênio – estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*.

BITENCOURT, Cezar Roberto (Coordenador). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal Brasileiro – parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I- 2*. ed. Rio De Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Abertura- conferência. KARAM, Maria Lúcia (organizadora). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.